Die gewillkürte Stellvertretung.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

bei der

Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Ernst Holländer,
Gerichtsassessor in Berlin.

Berlin und Leipzig
Dr. Walther Rothschild
1910.

Literaturverzeichnis.

Bähr, Kritik über den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 1. Lesung. In der kritischen Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft Bd. 30, München-Leipzig 1888.

Beker, Sprachliches und Sachliches zum BGB. In Jherings Jahrbüchern für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechtes, 2. Folge, 13. Band, Jena 1905.

Biermann, Zur Lehre von der Stellvertretung und Vollmacht, Berlin 1900.

v. Blume, Zustimmung kraft Rechtsbeteiligung und Zustimmung kraft Aufsichtsrechts. In Jherings Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, 2. Folge, 12. Band, Jena 1904.

Brückner, Die Privatrechtliche Haftung für das rechtswidrige Verhalten anderer, insbesondere der Vertreter und Gehilfen, nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche und nach sonstigen Reichsgesetzen. In der Zeitschrift „Das Recht". Hannover 1901.

Cosack, Lehrbuch des deutschen Bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches, 4. Aufl., Jena 1903.

Crome, System des deutschen Bürgerlichen Rechtes, Tübingen-Leipzig 1900.

Dernburg, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preussens, 3. Aufl., Halle 1906.

Dniestrzanski, Die Aufträge zu Gunsten Dritter, Leipzig 1904.

Eccius, Zur Lehre von der Vollmacht nach Bürgerlichem Gesetzbuche. In Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des Deutschen Rechts, 47 Jahrgang, Berlin 1903.

Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches, herausgegeben von Leonhard, 2. Auflage, Berlin 1903.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., Berlin 1906.

Enneccerus, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 4./5. Aufl., Marburg 1909,

Fischer-Henle, Das Bürgerliche Gesetzbuch nebst dem Einführungsgesetze, 7. Aufl., München 1906.

Flatau, Ist die Vollmacht abstrakt oder kausal? In Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des Deutschen Rechts, Bd. 52, Berlin 1908.

Hellmann, Die Stellvertretung in Rechtsgeschäften, München 1882.

Hellwig, Kritik über Hupka, die Vollmacht. In der Zeitschrift für deutschen Zivilprozess, Bd. 29, Berlin 1901.

Hölder, Kommentar zum allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, München 1900.

— Zum allgemeinen Teil des Entwurfes eines Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches. Im Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 83, Freiburg i/B. 1888.

Hupka, Die Vollmacht, Leipzig 1900.

Isay, Die Geschäftsführung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich, Jena 1900.

Karlowa, Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung, Berlin 1877.

Laband, Die Stellvertretung bei dem Abschlusse von Rechtsgeschäften nach dem allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuche. In der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 10, Erlangen 1866.

Lenel, Stellvertretung und Vollmacht. In Jherings Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. 36, Jena 1896.

Leonhard, Der allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches in seinem Einfluss auf die Fortentwicklung der Rechtswissenschaft, Berlin 1900.

Manigk, Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte, Breslau 1901.

— Über Rechtswirkungen und juristische Tatsachen. In Jherings Jahrbüchern für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechtes, 2. Folge, 13. Band, Jena 1905.

Mitteis, Die Lehre von der Stellvertretung nach dem römischen Rechte, Wien 1885.

Müller-Erzbach, Die Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung aus der Interessenlage entwickelt, Berlin 1905.

Neubecker, Beiträge zur Lehre von der mittelbaren Stellvertretung. In Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, Bd. 36, Wien 1909.

Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 4. Aufl., Berlin 1905.

— Jahrbuch des Deutschen Rechtes, Berlin 1903—08.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 3. Aufl., Berlin 1903.

Regelsberger, Pandekten, Leipzig 1893.

Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch nebst Erläuterungen, Berlin 1899.

Riezler, Konkurrierendes und kollidierendes Handeln des Vertreters und des Vertretenen. Im Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 98, Tübingen 1905.

Romeick, Die Vollmacht, in den Jahrbüchern der Württembergischen Rechtspflege, Bd. 12, Tübingen 1900.

Rosenberg, Stellvertretung im Prozess, Berlin 1908.

Schlossmann, Die Lehre von der Stellvertretung, insbesondere bei obligatorischen Verträgen, Leipzig 1900/02.

v. Seeler, Vollmacht und Scheinvollmacht. Im Archiv für das Bürgerliche Recht, Bd. 28, Berlin 1906.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 8. Aufl., Berlin 1906.

v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche und dem Einführungsgesetz, 3./4. Aufl., München 1907.

v. Tuhr, Die unwiderrufliche Vollmacht. In der Festschrift für Laband, Tübingen 1908.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl., Frankfurt a. M. 1906.

Zimmermann, Die Lehre von der stellvertretenden negotiorum gestio, Strassburg 1876.

Zitelmann, Allgemeiner Teil, Leipzig 1900.

Die Rechtsgeschäfte im Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Berlin 1896.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Die historische Entwicklung der Lehre von der Stellvertretung 1
I. Vor Anerkennung der Vollmacht als selbständiges Rechtsinstitut 1
II. Die Heranziehung der Vollmachterteilung für den Begriff der Stellvertretung 1
III. Die Heranziehung des Vertretergeschäftes für den Begriff der Stellvertretung 3
1. Die Verwerfung des Vollmachtsbegriffes 3
2. Die Stellvertretung als Zustimmungserklärung 4
IV. Die Methode zur Untersuchung der Stellvertretung . . . 5

I. Der Tatbestand der Stellvertretung 6
§ 2. Darlegung unserer Auffassung 6
I. Die Wirkung der Stellvertretung 6
II. Die Herbeiführung dieser Wirkung 7
A. Die Initiative zur Herbeiführung dieser Wirkung . . . 7
1. Keine Initiative des Dritten S. 7. — 2. Keine Initiative des Vertreters S. 7. — 3. Initiative des Vertretenen S. 8.
B. Die Herbeiführung der Wirkung 10
1. Durch den Vertretenen 10
a) Seine Erklärung gegenüber dem Dritten S. 10. — b) Seine Erklärung gegenüber dem Vertreter S. 11. — α) Formelle Tätigkeit S. 11. — β) Materielle Tätigkeit S. 11. — αα) Die materielle Tätigkeit ist erforderlich S. 12. — ββ) Sie ist von der formellen verschieden S. 12. — γγ) Sie ist Tatbestand der Stellvertretung S. 13.
2. Durch den Vertreter 14
a) Seine Erklärung gegenüber dem Vertretenen S. 14. — α) Materielle Tätigkeit S. 14. — β) Formelle Tätigkeit S. 15. — b) Seine Erklärung gegenüber dem Dritten S. 16.

Seite

3. Durch den Dritten 16
a) Seine Erklärung gegenüber dem Vertretenen S. 16. —
b) Seine Erklärung gegenüber dem Vertreter S. 17.
III. Ergebnis 17
§ 3. Kritik der abweichenden Ansichten 19
I. Überblick über die abweichenden Ansichten 19
II. Kritik der abweichenden Ansichten 19
1. Der herrschenden Ansicht 19
2. Der Ansicht Hölders und Rosenbergs 20

II. Die Vollmacht 26
A. Das Wesen und die Bedeutung der Vollmacht 26
§ 4. Das Wesen der Vollmacht 26
I. Die Vollmacht als Abkommen zwischen dem Vertretenen, Vertreter und Dritten 26
II. Einwendungen gegen diese Konstruktion 27
III. Die Konstruktion im einzelnen 28
1. Das Zustandekommen des Abkommens 28
2. Der Widerruf des Vertretenen 30
IV. Die Bedeutung der Vollmacht 31
§ 5. Die Vollmachterteilung des Vertretenen 33
I. Die Bedeutung der Vollmachterteilung des Vertretenen als solcher 33
II. Die Richtung der Vollmachterteilung 34
1. Die bisher in der Literatur vertretenen Ansichten . . 34
2. Die hier vertretene Ansicht 36
a) Die Erklärung des Vertretenen an den Vertreter S. 37.
b) Die Erklärung des Vertretenen an den Dritten S. 39.
§ 6. Die Beziehungen zwischen der Vollmacht und dem ihrer Erteilung zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse 42
I. Der Einfluss des Innenverhältnisses auf die Vollmacht . . 42
1. Die in der Literatur herrschenden Ansichten 42
2. Die hier vertretene Ansicht 43
a) Voraussetzung des Einflusses S. 43. — b) Der Einfluss selbst S. 45.
II. Wirkungen des Einflusses des Innenverhältnisses auf die Vollmacht 46
1. Darlegung der hier vertretenen Ansicht 46
2. Vereinigung der hier vertretenen Ansicht mit dem Standpunkte des Gesetzes 47
B. Das Erlöschen der Vollmacht 54
§ 7. Die Gründe für das Erlöschen der Vollmacht . . . 54

Seite

I. Der Widerruf 54
1. Erklärung des Widerrufes 54
2. Ausschluss des Widerrufes 57
a) Die Voraussetzungen des Ausschlusses des Widerrufes S. 57. — b) Die Wirkungen des Ausschlusses des Widerrufes S. 59.
II. Die sonstigen Erlöschungsgründe 63
1. Im Falle des Zugrundeliegens eines Rechtsverhältnisses 63
2. Beim Fehlen eines zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses 63
a) Die Erlöschungsgründe aus der Person des Vertreters S. 63. — b) Die Erlöschungsgründe aus der Person des Vertretenen S. 64.
§ 8. Das Fortwirken der erloschenen Vollmacht 65
I. Das Vorliegen eines schutzwürdigen Interesses 65
A. Des Dritten 65
1. Im Falle einer direkten Erklärung der Vollmacht an den Dritten 65
2. Im Falle der Übermittlung der Vollmachterklärung durch den Vertreter 67
a) Die Konstruktion der Vollmachterklärung durch Übermittlung des Vertreters S. 67. — b) Die Bedeutung der Vollmachtsurkunde S. 69.
B. Des Vertreters 70
II. Die Regelung im geltenden Rechte 72
1. Die Vorschriften zum Schutze des Dritten 72
2. Die Vorschriften zum Schutze des Vertreters 79
3. Die Mangelhaftigkeit der Schutzvorschriften 80

§ 1. Die historische Entwicklung der Lehre von der Stellvertretung.

I. Es gibt wohl kein Rechtsinstitut, welches eine so häufige Anwendung im täglichen Leben findet und dessen rechtliche Grundlage doch so bestritten ist, wie die gewillkürte Stellvertretung. Obgleich sie im deutschen Rechte bereits seit Jahrhunderten zur Anwendung gelangt war, so wurde sie doch bis in die zweite Hälfte des 19. Jahrhunderts nicht als ein selbständiges Rechtsinstitut behandelt, sondern mit dem zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter bestehenden Vertragsverhältnis, dem sog. Innenverhältnis, in unlösliche Verbindung gebracht. Erst Laband hat in seinem berühmten Aufsatz: „Die Stellvertretung bei dem Abschlusse von Handelsgeschäften nach dem allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch (1866)“ dargelegt, dass die Stellvertretung nicht auf dem Vertrage zwischen dem Vertretenen und Vertreter, sondern auf einem von diesem verschiedenen selbständigen Rechtsgeschäfte beruht.

II. Dieses selbständige Rechtsgeschäft bildete nun in den nächsten Jahrzehnten den Gegenstand vieler eingehender Untersuchungen. Allgemein wurde es definiert als die dem Vertreter erteilte Vollmacht zum Abschlusse von Geschäften mit unmittelbarer Wirksamkeit für und wider den Vertretenen; im Einzelnen aber entstanden eine Reihe von Streitfragen. Zunächst wurde erörtert, ob die Erteilung der Vollmacht ein Vertrag zwischen dem Vertretenen und Vertreter oder ein einseitiges Rechtsgeschäft des Vertretenen sei. Nachdem die Frage allgemein im letzteren Sinne entschieden war, entstand Streit darüber, ob bei dem auf

Grund der Vollmacht vom Vertreter abgeschlossenen Rechtsgeschäfte der Vertreter nur den Vertretenen „repräsentiere“ oder selbst als Handelnder gelte; dies war wichtig für die Beantwortung der Frage, ob Willensmängel sowie Kennen und Kennenmüssen gewisser Umstände sich nach der Person des Vertretenen oder nach der des Vertreters bestimmen. Weiterhin war streitig, an wen die Erklärung des Vertretenen, durch welche er die Vollmacht erteilte, zu richten war, und endlich wurde die Frage viel erörtert, ob die Vollmacht von dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse abhängig sei oder nicht.

Alle Untersuchungen über diese Fragen, so verdienstvoll sie auch für die Förderung der Stellvertretungslehre waren, litten doch an einem Mangel: sie berührten nicht oder fast gar nicht das Problem, wie der Vertretene durch die Handlung des Vertreters unmittelbar Rechte und Pflichten erwerben könne d. h. auf welche Weise die Stellvertretungswirkung zustande komme, und im Anschluss daran die Frage, welche Bedeutung die Vollmachterteilung für das Zustandekommen der Stellvertretungswirkung habe; man ging vielmehr allgemein davon aus, dass ohne Vollmacht kein Fall der unmittelbaren Stellvertretung möglich sei und umgekehrt eine Vollmacht nur bei der unmittelbaren Stellvertretung vorkomme; hieraus zog man dann, häufig stillschweigend. den Schluss, dass die Vollmacht nicht nur ein Charakteristikum der Stellvertretung bilde, sondern dass überhaupt die Stellvertretungswirkung einzig und allein auf der erteilten Vollmacht beruhe. Das vom Vertreter vorgenommene Rechtsgeschäft wurde zur Bestimmung des Wesens der Stellvertretung nicht herangezogen, und zwar wohl deswegen, weil man annahm, dass sein Inhalt nur ein typischer sei und deshalb keine besonderen Merkmale für den Stellvertretungsbegriff liefern könne. Einige Schriftsteller vertraten allerdings die Ansicht, dass die Stellvertretung eine blosse Einwilligung sei, ohne aber hieraus die unseres Erachtens unabweisbare Folgerung zu ziehen,

dass damit die Vollmacht nur ein sekundäres, das Vertretergeschäft dagegen das hauptsächliche Moment der Stellvertretung sei.

III. Eigentümlicherweise wurde dieser Divergenz der Ansichten wenig Beachtung geschenkt. Nicht nur wurde diese Frage teils ganz mit Stillschweigen übergangen, teils nur ganz kurz erwähnt, sondern es herrschten noch bei einzelnen Schriftstellern solche Unklarheiten über diesen Punkt, dass man nur annehmen kann, dass das Problem den meisten nicht deutlich zum Bewusstsein gekommen ist.

Wesentlich angeregt wurde die Behandlung der Frage erst durch Schlossmann, welcher den Begriff der Vollmacht für überflüssig und verfehlt erklärte; denn wenn man die Vollmacht in der Bedeutung auffasse, dass man darunter eine rechtliche Befugnis des Vertreters, in fremdem Namen zu handeln, verstehe, so sei es „logischer Unsinn“ zu sagen, dass das Vertretergeschäft gegenüber dem Vertretenen wirke, weil der Vertreter Vollmacht habe; denn die Befugnis des Vertreters, für den Vertretenen Rechtshandlungen vorzunehmen, sei die subjektive Seite der objektiven Rechtsnorm, dass das Geschäft des Vertreters für und gegen den Vertretenen wirke; also sei x gleich x (Bd. I, S. 236 ff.). Nach Schlossmann treten die Wirkungen des Vertretergeschäftes dann unmittelbar für und gegen den Vertretenen ein, „wenn dabei die Tendenz oder die empirische Absicht obwaltet, dass der wirtschaftliche Erfolg des Handelns des Vertreters dem Vertretenen zufallen soll“ (Bd. I S. 48).

Wenn nun auch diese von Schlossmann vorgenommene Zerstörung des Stellvertretungsbegriffs fast nirgends Beifall gefunden hat, so ist seine Ansicht doch auf die Fortbildung der Stellvertretungslehre von grossem Einfluss gewesen. Denn nachdem der Begriff der Vollmacht in Zweifel gezogen war, galt es nicht nur nachzuweisen, dass die Einführung dieses Begriffs logisch zulässig sei,[1]) sondern auch,

[1]) Diesen Nachweis hat Manigk, Anwendungsgebiet der Vorschriften für Rechtsgeschäfte S. 341 f. in einwandfreier Weise erbracht.

dass sie für die Konstruktion der Stellvertretung erforderlich sei.

Zunächst bewirkte freilich das Buch Schlossmanns, dass einige Schriftsteller[1]) wiederum die vom Vertretenen abgegebene Vollmachterklärung in mehr oder minder grosse Abhängigkeit von dem zwischen dem Vertretenen und Vertreter bestehenden Innenverhältnis brachten, eine Ansicht, die bereits seit Labands Schrift überwunden schien. Gleichzeitig aber trat, wenn auch meist noch in unklarer Form, der Gedanke hervor, dass nicht nur die Vollmacht, sondern auch das Vertretergeschätt für den Begriff der Stellvertretung wesentlich sei.[2]) Welche Bedeutung nun aber der Vollmacht und welche der Vertreterhandlung für den Stellvertretungsbegriff zukommt, in welchem Verhältnis Vollmacht und Vertreterhandlung zu einander stehen, das wurde teils garnicht teils nur in unklarer Weise ausgesprochen. Erst in jüngster Zeit hat Rosenberg diese Frage sehr eingehend behandelt und ist dabei in Anknüpfung an Zimmermann, Zitelmann und Hölder u. a. zu dem Ergebnisse gelangt, dass die Vollmacht eine Zustimmungserklärung sei.[3]) Über diese Begriffsbestimmung geht er aber hinaus, indem er — und darin besteht sein grosses Verdienst — als erster Schriftsteller die Vollmacht zu der Vertreterhandlung in Beziehung zu setzen sucht, und, von seinem Standpunkte aus folgerichtig, zu dem Satze gelangt: „Die objektive und gewissermassen neutrale Beziehung der Vollmacht zu dem Produkte stellvertretenden Handelns macht ihr Wesen aus und bestimmt den Inhalt ihrer Erklärung.“[4]) Hieraus gelangt er, wiederum folgerichtig, zu dem Ergebnisse, dass nur die Vertreterhandlung, nicht aber die Vollmacht für den Begriff der Stellvertretung wesentlich sei.[5])

---

[1]) z. B. v. Seeler; auch Romeick.
[2]) So v. Blume a. a. O. S. 420 ff.
[3]) a. a. O. S. 127 ff.
[4]) a. a. O. S. 138 f.
[5]) a. a. O. S. 9.

Die äussere Anordnung der Deduktionen Rosenbergs ist freilich eine andere. Es scheint ihm gar nicht klar zu Bewusstsein gekommen sein, dass die Originalität seiner Thesen nicht auf der Definition der Vollmacht und der Vertreterhandlung, sondern auf der Inbeziehungsetzung beider beruht. Denn zuerst untersucht er das Wesen der Vertreterhandlung und kommt, da er in ihr alle Kennzeichen der Stellvertretung zu finden meint, bereits hier zu dem Ergebnisse, dass sie allein, nicht die Vollmacht für den Stellvertretungsbegriff wesentlich sei. Hierauf untersucht er das Wesen der Vollmacht und erst zum Schlusse setzt er beide in Beziehung zu einander, wobei er dann allerdings überrascht schreibt: „Diese Konstruktion findet sich bisher in keiner Arbeit über das Recht des BGB.“ [1])

IV. Diese von Rosenberg nur unvollkommen angewendete Methode erscheint als die einzig richtige. Man muss Vollmacht und Vertretergeschäft nicht zunächst als selbständige Rechtsbegriffe betrachten, sondern als Bestandteile des Instituts der Stellvertretung. Denn da von der ganzen Lehre nichts anderes feststeht als die Wirkung der Stellvertretung, dass nämlich das Vertretergeschäft unmittelbar für und gegen den Vertretenen wirkt, so muss man hiervon auch ausgehen und zunächst den Aufbau der Stellvertretung, den die Wirkung hervorrufenden Tatbestand, betrachten. Erst hieraus lässt sich dann eine Betrachtung der einzelnen Teile und ein Konstruktionsversuch ermöglichen. Eine Methode dagegen, die von den nicht feststehenden Begriffen der Vollmacht und des Vertretergeschäftes ausgeht, kann bestenfalls dazu führen, dass alle aus ihr gezogenen Folgerungen der Billigkeit entsprechen; eine der Logik entsprechende Methode ist sie aber nicht.

---

[1]) a. a. O. S. 138, Anm. 1.

I. Der Tatbestand der Stellvertretung.

§ 2. Darlegung unserer Auffassung.

I. Um den Begriff der Stellvertretung erfassen zu können, muss man, wie erwähnt, von ihrer Wirkung ausgehen: diese besteht darin, dass das vom Vertreter vorgenommene Rechtsgeschäft unmittelbar für und gegen den Vertretenen wirt. Zur Hervorbringung dieses Rechtserfolges bedarf es des Willens dreier Personen: des Vertretenen, des Vertreters und des Dritten, der das Rechtsgeschäft gegenüber dem Vertreter vornimmt oder dem gegenüber der Vertreter das Geschäft vornimmt. Welchen Willen haben nun die beteiligten Personen, um diesen Rechtserfolg hervorzubringen? Der Vertretene muss wollen, dass das Vertretergeschäft ihn selbst unmittelbar berechtige und verpflichte, der Vertreter muss wollen, dass die Folgen des Geschäfts nicht ihn selbst, sondern den Vertretenen treffen, und der Dritte endlich muss wollen, dass ihm gegenüber nicht der Vertreter, sondern der Vertretene aus dem Geschäft unmittelbar berechtigt und verpflichtet werde. Wie beim Vertrage zwischen den beiden Kontrahenten, so muss hier unter den drei Beteiligten der mutuus consensus zur Hervorbringung des Rechtserfolges vorhanden sein.[1]) Diese Sätze erscheinen

[1]) Wer unter „Vertrag" jede Vereinbarung eines einheitlichen Zusammenwirkens durch mehrere Beteiligte behufs Hervorbringung eines Rechtserfolges versteht, mag hierin einen Vertrag zwischen Vertretenen, Vertreter und Dritten erblicken; freilich passt hierfür die technische Bezeichnung „Vertrag" des B.G.B. nicht, da hierunter nur die Vereinbarung einer Aktion durch zwei Parteien zu verstehen ist, während bei drei Parteien naturgemäss andere Grundsätze zur Anwendung gelangen.

so selbstverständlich und sind gleichwohl der Quell aller Kontroversen in der Stellvertretungslehre.

II. Aus dem Gesagten ergibt sich zunächst ohne weiteres, dass alle drei Beteiligten darüber einig sein müssen, dass die Wirkung der Stellvertretung eintritt, d. h. dass das vom Vertreter vorgenommene Rechtsgeschäft für und gegen den Vertretenen wirkt. Es fragt sich nun zunächst, von wem der erste Schritt zur Hervorbringung dieser Wirkung ausgeht, wer die Initiative ergreift, wie dies bei dem zwischen zwei Beteiligten geschlossenen Vertrage der Antragsteller tut.

Zunächst scheidet der Dritte aus; sein Interesse geht nur dahin, dass der Vertretene aus dem Geschäfte berechtigt und verpflichtet wird; ob aber der Vertretene selbst das Geschäft mit ihm abschliesst oder ob der Vertreter dies für ihn tut, ist für den Dritten gleichgültig; selbst wenn es dem Dritten vorteilhafter erscheint, mit dem Vertreter zu unterhandeln als mit dem Vertretenen selbst, so fehlt ihm doch jede Möglichkeit, etwas anderes nach dieser Richtung zu unternehmen, als eine Vornahme des Geschäftes durch Stellvertretung anzuregen; denn weder kann er den Vertreter veranlassen, für den Vertretenen zu handeln, noch den Vertretenen zu dem Entschlusse bestimmen, durch die Geschäfte des Vertreters berechtigt und verpflichtet zu werden.

Es bleiben also nur noch der Vertreter und der Vertretene übrig. Ergreift der Vertreter die Initiative dadurch, dass er das Geschäft nicht für sich, sondern für den Vertretenen vorzunehmen erklärt, oder tut dies der Vertretene dadurch, dass er seinen Willen kundgibt, durch das vom Vertreter vorzunehmende Rechtsgeschäft unmittelbar berechtigt und verpflichtet zu werden?

Der Vertreter will, dass die Folgen des Rechtsgeschäftes nicht ihn selbst, sondern den Vertretenen treffen; er will also etwas Negatives, nämlich, dass das Rechtsgeschäft ihn nicht selbst berechtigen und verpflichten soll. Sein positiver Wille, dass die Folgen des Geschäfts den Vertretenen treffen sollen, ist nur das Korrelat zum Willen des Vertretenen,

welches erforderlich ist, um den mutuus consensus herzustellen. Für den Willen des Vertreters, nicht selbst aus dem Geschäft berechtigt und verpflichtet zu werden, ist Voraussetzung, dass das Geschäft überhaupt vorgenommen wird. Aber diese Vornahme bildet nicht den Gegenstand seines Interesses; denn wenn das Geschäft nicht vorgenommen würde, so würde er ebensowenig berechtigt und verpflichtet werden, wie wenn das Geschäft vorgenommen wäre und er die Folgen von sich abgewälzt hätte. Es liegt daher für ihn kein Grund vor, aus eigener Initiative den Entschluss zu fassen, für den Vertretenen ein Geschäft vorzunehmen, von dem er noch nicht einmal weiss, ob der Vertretene dessen Folgen auf sich nehmen will. Soweit der Vertreter überhaupt das Geschäft für den Vertretenen vornehmen will, wird er es nur unter der Voraussetzung tun, dass der Vertretene die Folgen des Geschäftes auf sich nehmen will. Sein Wille ist daher von dem des Vertretenen abhängig; er wird durch diesen erst hervorgerufen.[1])

Dagegen will der Vertretene etwas Positives, nämlich aus dem Geschäfte des Vertreters berechtigt und verpflichtet zu werden. Damit dieser vom Vertretenen angestrebte Erfolg eintritt, sind zwei Vorgänge erforderlich: die Vornahme des Rechtsgeschäftes und die Übertragung seiner Folgen auf den Vertretenen. Die Vornahme des Rechtsgeschäftes liegt mithin in dem Interesse des Vertretenen. Hieraus folgt, dass der Wille des Vertretenen auf Vornahme des Geschäftes gerichtet ist, unabhängig davon, ob ein anderer den gleichen Willen hat. Es muss hiernach bei der Stellvertretung sowohl der Wille des Vertretenen als auch der des Vertreters auf Vornahme des Rechts-

[1]) Es sei schon an dieser Stelle ausdrücklich hervorgehoben, dass der Wille auf Vornahme des Rechtsgeschäftes, d. h. der auf Vornahme des Geschäftes gerichtete Entschluss, von dem hier allein die Rede ist, verschieden ist von dem Willen bei Vornahme des Rechtsgeschäftes, dem bei Abgabe der rechtsgeschäftlichen Erklärung betätigten Willen. Auf der Verwechslung beider beruht die Repräsentationstheorie.

geschäftes gerichtet sein, aber der Wille des Vertreters ist abhängig von der Voraussetzung, dass ein Wille des Vertretenen vorhanden ist, nicht umgekehrt; mit anderen Worten: Die Initiative zur Vornahme des Geschäftes geht vom Vertretenen, nicht vom Vertreter aus.

Nun ist allerdings nicht unmöglich, dass der Vertreter den Entschluss fasst, das Geschäft vorzunehmen, ohne dass ein entsprechender Wille des Vertretenen vorhanden ist. Doch wird dies nur in zwei Fällen vorkommen: Entweder glaubt der Vertreter, dem Vertretenen eine Gefälligkeit zu erweisen, oder aber er meint irrtümlicherweise, dass der Vertretene bereits seinen Willen, unmittelbar aus dem Geschäfte berechtigt und verpflichtet zu werden, erklärt hat. In dem zweiten häufigeren Falle geht der Vertreter von der irrigen Voraussetzung aus, dass der Vertretene bereits die Initiative ergriffen habe; er will also gar nicht selbst den Anstoss dazu geben, dass der Vertretene aus dem Geschäfte unmittelbar berechtigt und verpflichtet wird; dass seine Erklärung gleichwohl die Bedeutung hat, ist zwar für ihre Gültigkeit unerheblich, immerhin bleibt die Tatsache bestehen, dass sie als eine vom Willen des Vertretenen abhängige gewollt ist. In dem anderen Falle ist der Wille des Vertreters auf Vornahme des Geschäftes allerdings nicht durch einen tatsächlichen oder vermeintlichen Willen des Vertretenen hervorgerufen, wohl aber durch seinen mutmasslichen Willen. Denn der Vertreter nimmt an, dass, wenn der Vertretene in der Lage wäre, einen auf Vornahme des Geschäftes gerichteten Entschluss zu fassen, er dies auch getan hätte; er vermutet also, dass der Vertretene, wenn er rechtzeitig von der Möglichkeit, das Geschäft abzuschliessen, Kenntnis erhalten hätte, seinen Willen erklärt hätte, durch das abzuschliessende Geschäft unmittelbar berechtigt und verpflichtet zu werden.[1])

[1]) Nicht hiermit zu verwechseln ist der Fall, dass der Vertreter beim Vertretenen den Abschluss des Geschäftes lediglich anregt, der Vertretene hierauf den Entschluss fasst, aus dem vorzunehmenden Geschäfte berechtigt

Wir gelangen also zu folgendem Ergebnisse: Der Dritte kann niemals die Initiative dazu ergreifen, dass die Wirkung der Stellvertretung eintritt; die Initiative für den Eintritt der Stellvertretungswirkung liegt auch nicht beim Vertreter, sondern beim Vertretenen; gibt der Vertreter den Anstoss, so geschieht dies mit Rücksicht auf den vermeintlichen oder mutmasslichen Willen des Vertretenen.

Man kann hiernach ganz allgemein als Regel aufstellen, dass der Gedanke, aus dem Vertretergeschäft berechtigt oder verpflichtet zu werden, von dem Vertretenen ausgeht. Geht er ausnahmsweise von dem Vertreter aus, so geschieht das nur mit Rücksicht auf einen vermeintlich entsprechenden Gedanken des Vertretenen.

Man muss mithin den Begriff der Stellvertretung auf den Fall beschränken, dass der Wille zur Hervorbringung der Stellvertretungswirkung vom Vertretenen ausgeht; ergreift dagegen der Vertreter die Initiative mit Rücksicht auf einen vermeintlichen oder mutmasslichen Willen des Vertretenen, so liegt nur eine Abart, ein Surrogat der Stellvertretung vor.

Es ist nun weiter zu untersuchen, in welcher Weise der Wille der Beteiligten, durch welchen die Stellvertretungswirkung herbeigeführt werden soll, erklärt wird.

Was zunächst den Vertretenen anlangt, so muss er zur Herbeiführung des gewünschten Erfolges sowohl auf den Vertreter als auf den Dritten durch seine Tätigkeit einwirken. Beim Dritten erreicht er durch diese Tätigkeit, dass dieser das Rechtsgeschäft, das er dem Vertretenen gegenüber vornehmen wollte, nun dem Vertreter gegenüber vornimmt bezw. sich gegenüber vornehmen lässt; dies tut der Dritte, weil er weiss, dass infolge der Vollmacht das vom Vertreter vorgenommene Rechtsgeschäft für und

---

und verpflichtet zu werden, und der Vertreter hieraufhin das Geschäft vorzunehmen beschliesst. Hier liegt der Normalfall vor, dass der Wille des Vertreters von dem des Vertretenen abhängig ist; dass der Wille des Vertretenen erst vom Vertreter angeregt wird, ist rechtlich unerheblich.

wider den Vertretenen wirkt. Für den Dritten ist es also nur von Wichtigkeit, dass der Vertretene den Vertreter in die Lage setzt, mit Wirkung für den Vertretenen zu handeln. Diese Betätigung des Vertretenen — wie wir gleich sehen werden, nicht die einzige — ist es also, die im Dritten den Willen auslöst, sich mit dem Vertreter einzulassen.

Beim Vertreter erreicht der Vertretene, dass dieser das Rechtsgeschäft für ihn vornimmt. Hierzu muss er den Vertreter nicht nur formell in die Lage setzen, die Wirkungen des Geschäftes von sich auf den Vertretenen abzuwälzen, sondern er muss den Willen des Vertreters, das Rechtsgeschäft vorzunehmen, überhaupt erst erzeugen, während er den Willen des Dritten nur in eine bestimmte Richtung zu bringen braucht. Es muss hiernach der Vertretene erst selbst einmal kundgeben, was für ein Geschäft er vorgenommen wissen will; dadurch dass er dem Vertreter diese Direktive gibt, äussert er notwendiger Weise einen materiellen Willen in der Richtung auf das vorzunehmende Rechtsgeschäft. Dieser Wille ist darum noch nicht identisch mit dem bei Vornahme des Rechtsgeschäfts erklärten Willen, aber er ist erforderlich bei der Entwicklung des Rechtsgeschäfts im Stadium zwischen dem Insbewusstseintreten des Gedankens und der Vornahme des Geschäfts; er braucht selbst nicht einmal auf ein konkretes Rechtsgeschäft gerichtet zu sein, sondern er kann ganz allgemein den Umfang des vorzunehmenden Komplexes von Rechtsgeschäften bezeichnen.

Die Tätigkeit des Vertretenen ist hiernach eine doppelte: Er ruft einmal im Vertreter den Willen hervor, für ihn zu handeln (materielle Tätigkeit), und zweitens bewirkt er, dass das vom Vertreter und Dritten abgeschlossene Geschäft ihn selbst unmittelbar berechtigt und verpflichtet (formelle Tätigkeit). Dass der Vertretene das letztere tun muss, ist allgemein anerkannt. Dagegen ist noch nirgend klar zum Ausdruck gebracht worden, dass auch die erste Tätigkeit vor ihm vorzunehmen ist. Wir werden daher ihre Existenz,

die für unsere Konstruktion von allergrösster Bedeutung ist, prüfen müssen, und zwar wird diese Prüfung sich nach drei Richtungen hin erstrecken: Erstens, dass die Tätigkeit tatsächlich erforderlich ist, zweitens, dass sie von der anderen Tätigkeit des Vertretenen verschieden ist, und drittens, dass sie zur Stellvertretung gehört, nicht zu dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis zwischen dem Vertretenen und Vertreter.[1])

Wenn der Vertretene den Vertreter in den Stand setzt, ihm selbst durch Abschluss eines Rechtsgeschäftes unmittelbar Rechte zu verschaffen und Pflichten aufzuerlegen, so muss er der Ansicht sein, dass ihm (dem Vertretenen) durch Vornahme solcher Vertretergeschäfte ein Vorteil irgendwelcher Art erwachsen kann; denn grundlos erteilt er dem Vertreter nicht die Befugnis zur Vornahme von Geschäften. Er wird deshalb wünschen, dass die Geschäfte auch wirklich vorgenommen werden, wenn auch vielleicht nur unter Umständen, deren Vorliegen er dem Ermessen des Vertreters überlässt. Dem Vertreter dagegen liegt nichts daran, ein Rechtsgeschäft vorzunehmen, aus dem ihm weder Rechte noch Pflichten erwachsen. Es ist daher der Vertretene allein, welchem an der Vornahme des Rechtsgeschäfts gelegen ist; er muss also mangels eines Willens des Vertreters diesen dazu bestimmen, das Rechtsgeschäft für ihn vorzunehmen, d. h. er muss den Willen des Vertreters erst hervorrufen.

Diese Tätigkeit des Vertretenen ist nicht identisch damit, dass er den Vertreter und den Dritten in den Stand setzt, die Folgen des vorgenommenen Geschäftes abzuwenden. Denn die eine Tätigkeit, das Hervorrufen des Willens, betrifft die Vorbereitung des vorzunehmenden Geschäftes, die andere dagegen die Wirkung des bereits vorgenommenen Geschäftes. Die eine Tätigkeit ist materieller Natur; der Vertretene ruft im Vertreter den Willen zu handeln hervor

[1]) Es sei ausdrücklich erwähnt, dass der durch diese formelle Tätigkeit herbeigeführte Zustand keineswegs identisch ist mit dem von Flatau a. a. O. S. 768 f. aufgestellten verschwommenen Begriff „Vertretungsbefugnis".

und setzt dadurch eine Voraussetzung für die Vornahme des Rechtsgeschäftes; die andere Tätigkeit ist dagegen keine Voraussetzung für das Zustandekommen des Rechtsgeschäftes, sondern sie führt nur eine formelle Änderung seiner Wirkungen herbei.

Bemerkt sei ferner, dass die formelle Tätigkeit gegenüber dem Vertreter und die materielle Tätigkeit keineswegs immer zusammen vorgenommen zu werden brauchen. Eine materielle Tätigkeit ohne formelle findet sich bei der mittelbaren Stellvertretung, eine formelle ohne materielle bei der Genehmigung des ohne Vertretungsmacht abgeschlossenen Rechtsgeschäftes. Bei der gewöhnlichen unmittelbaren Stellvertretung fallen allerdings beide zusammen; dies gestattet aber nicht, die Verschiedenheit beider Tätigkeiten ausser acht zu lassen. Nur bei scharfer Trennung beider Tätigkeiten ist das Wesen der unmittelbaren Stellvertretung zu verstehen.

Das Hervorrufen des Willens des Vertreters durch den Vertretenen ist endlich auch ein Tatbestand der Stellvertretung, nicht des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses. Allerdings hat auch das Innenverhältnis dasselbe Substrat: Der Vertreter wird dem Vertretenen verpflichtet, für ihn ein Rechtsgeschäft vorzunehmen. Aber gleichwohl sind die Wirkungen verschiedene; im Innenverhältnisse wird der Vertreter obligatorisch verpflichtet, seinen Willen auf Vornahme des Rechtsgeschäftes zu betätigen, im Aussenverhältnis ist nur erheblich, dass der Wille des Vertreters vom Vertretenen hervorgerufen ist. Diese Gleichheit der Substrate bei Verschiedenheit der Rechtsverhältnisse wird für uns den Ausgangspunkt bilden zur Entscheidung der Streitfrage, ob die Vollmacht abstrakt oder kausal ist.

Wie wir nun gesehen haben, besteht die Tätigkeit des Vertretenen bei der Stellvertretung darin, dass er beim Vertreter den Willen hervorruft, für ihn zu handeln (materielle Tätigkeit), und dass er den Vertreter und den Dritten in die Lage setzt, die Wirkungen des von ihnen

vorgenommenen Geschäftes auf ihn, den Vertretenen, zu übertragen (formelle Tätigkeit); es fragt sich nun weiter, welche Tätigkeit der Vertreter und der Dritte bei der Stellvertretung entfalten.

Die Tätigkeiten des Vertreters und des Dritten sind denen des Vertretenen korrespondierend. Wie der Vertretene eine formelle Tätigkeit gegenüber beiden Beteiligten und ausserdem eine materielle gegenüber dem Vertreter ausübt, so vollzieht der Dritte eine formelle und der Vertreter eine materielle und eine formelle Tätigkeit.

Die materielle Tätigkeit des Vertreters besteht darin, dass er auf Grund der Direktive des Vertretenen, d. h. auf Grund von dessen materieller Tätigkeit, das gewünschte Rechtsgeschäft mit dem Dritten vornimmt. Es war schon mehrfach betont worden, dass der Wille des Vertreters, ein solches Rechtsgeschäft vorzunehmen, kein ursprünglicher ist, sondern erst durch den Willen des Vertretenen hervorgerufen ist. Hieraus folgt schon, dass der Vertreter niemals die ganze für ein Rechtsgeschäft erforderliche Tätigkeit, die Schaffung einer rechtlich erheblichen Willenserklärung aus dem Nichts, hervorbringen kann. Die Direktive liegt vielmehr stets beim Vertretenen, und je nachdem diese Anregung allgemeiner gehalten ist oder ins einzelne geht, wird auch der Spielraum für eine eigene Tätigkeit des Vertreters weiter oder enger sein. Damit ist aber noch nicht gesagt, dass diese Betätigung des Vertretenen für die Beurteilung des Rechtsgeschäftes stets heranzuziehen ist; denn das geltende Recht, wie überhaupt jede moderne Rechtsordnung, geht nicht bei der Beurteilung einer Willenserklärung auf die letzten Ursachen zurück, die zu ihrer Entstehung geführt haben; sie tut es deshalb nicht, weil das Interesse auf strengste Durchforschung der Willensbildung durchkreuzt wird von dem Verkehrsinteresse, wonach jede Erklärung so zu beurteilen ist, wie sie sich nach aussen hin darstellt, und nur auf solche Mängel zu prüfen ist, die verhältnismässig an der Oberfläche liegen.

Als Grenze, bis zu welcher sich die Untersuchung erstreckt, wird vom geltenden Rechte grundsätzlich der physische Wille, ein bestimmtes Geschäft vorzunehmen, angenommen. Was den Handelnden zur Bildung dieses Willens veranlasst hat, bleibt regelmässig unberücksichtigt. Hiernach ist der Wille des Vertretenen für die Beurteilung des Rechtsgeschäftes oft rechtlich bedeutungslos, obwohl er stets vorhanden ist; massgebend ist vielmehr nur der Wille des Vertreters. Nur dann wird auch der Wille des Vertretenen herangezogen, wenn seine Direktive soweit geht, dass sie sich auf die Vornahme einer bestimmten Tätigkeit erstreckt, d. h. wenn beim Vertretenen der Wille, ein bestimmtes Geschäft vorzunehmen, vorhanden ist. In diesem Falle wird nicht nur der Wille des Vertreters, sondern auch der des Vertretenen für die Beurteilung des Geschäftes herangezogen. Andererseits darf der Wille des Vertretenen niemals soweit gehen, dass er die Vornahme des Rechtsgeschäftes in seiner ganzen Ausdehnung umfasst und dem „Vertreter" lediglich die Ausführung verbleibt. In diesem Falle handelt der „Vertretene" allein, und der „Vertreter" ist lediglich Bote.

In einer Beziehung kommt die Beteiligung des Vertretenen am Rechtsgeschäfte des Vertreters stets zum Ausdruck: nicht vom Vertreter, der doch das Geschäft vornimmt, wird volle Geschäftsfähigkeit verlangt (§ 165 BGB.), sondern vom Vertretenen.

Mit der materiellen Tätigkeit des Vertreters, der Vornahme des Rechtsgeschäftes, geht seine formelle Hand in Hand, durch welche bewirkt werden soll, dass die Wirkungen des von ihm vorgenommenen Rechtsgeschäftes unmittelbar den Vertretenen treffen. Hierzu bedarf es, wie schon oben dargelegt, des übereinstimmenden Willens der drei Beteiligten. Die formelle Tätigkeit des Vertreters besteht nun darin, dass er diesen Willen dem Vertretenen und dem Dritten gegenüber zum Ausdruck bringt. Dem Vertretenen gegenüber liegt diese Erklärung darin, dass er

seinen Willen, das Rechtsgeschäft vorzunehmen, von dem des Vertretenen bilden und bestimmen lässt; insoweit ist seine formelle Tätigkeit in der materiellen enthalten.

Dem Dritten gegenüber muss er dagegen seine formelle Tätigkeit besonders ausüben; er muss ihm gegenüber zum Ausdruck bringen, dass er das Geschäft mit Wirkung für und gegen den Vertretenen vornehmen will. Denn an sich wirkt jenes Geschäft für und gegen den Handelnden, und zwar auch dann, wenn dieser von einem anderen zur Vornahme eines derartigen Geschäftes ermächtigt ist. Es ist deshalb stets zur Übertragung der Wirkungen erforderlich, dass der Handelnde seinen Willen, das Geschäft für einen anderen vorzunehmen, dem Dritten gegenüber erkennbar erklären muss.

Die formelle Tätigkeit des Dritten besteht darin, dass er seinen Willen, dass aus dem mit ihm vorgenommenen Geschäfte nicht der Vertreter, sondern der Vertretene berechtigt und verpflichtet wird, dem Vertretenen und dem Vertreter zum Ausdruck bringt. Einer direkten Mitteilung an den Vertretenen bedarf es allerdings nicht; gewöhnlich wird dem Dritten der Wille des Vertretenen überhaupt nicht direkt, sondern durch Vermittlung des Vertreters erklärt. In diesem Falle kann sich auch der Dritte ohne weiteres der Vermittlung des Vertreters bedienen, um seinen Willen an den Vertretenen zu übermitteln, und auf diese Weise die Erklärung an den Vertretenen mit der an den Vertreter zu verbinden. Aber selbst wenn dem Dritten die Erklärung vom Vertretenen direkt zugegangen ist, so bedarf es nicht einer Erwiderung; denn die Erwiderung an den Vertretenen müsste der Natur der Sache nach vorangehen der Erklärung an den Vertreter, die bei Vornahme eines Rechtsgeschäftes erfolgt. Da es nun nur auf den Willen des Dritten zur Zeit der Vornahme des Rechtsgeschäftes ankommt, so ist eine direkte Erklärung an den Vertretenen, wenn sie mit der des Vertreters übereinstimmt, überflüssig und, wenn sie von ihr abweicht, belanglos.

Es kann sich also auch in diesem Falle der Dritte aus Zweckmässigkeitsgründen der Vermittlung des Vertreters bedienen, um dem Vertretenen seinen Willen zu erklären.

Dem Vertreter gegenüber erklärt der Dritte seinen Willen durch Abschluss des Geschäftes, welches der Vertreter im Namen des Vertretenen vornimmt.

III. Fassen wir nun sämtliche Bestandteile der Stellvertretung, wie wir sie eben festgestellt haben, zusammen, so ergibt sich folgendes Bild: Der Vertretene löst beim Vertreter den Willen aus, das Geschäft vorzunehmen; gleichzeitig veranlasst er den Vertreter und den Dritten, das Geschäft mit unmittelbarer Wirkung für ihn (den Vertretenen) abzuschliessen. Der Vertreter und der Dritte erklären dadurch ihr Einverständnis mit dem Vertretenen, dass der Vertreter den Entschluss fasst, das Geschäft vorzunehmen, und beide, Vertreter und Dritter, dann das Geschäft mit Wirkung für den Vertretenen abschliessen.

Es finden sich also zwei ganz verschiedene Arten von Betätigungen, nämlich solche formeller und solche materieller Natur. Letztere betreffen die Bildung des Willens des Vertreters bei Vornahme des Rechtsgeschäftes; insoweit diese Willensbildung also Bestandteil der Stellvertretung ist, wird das Rechtsgeschäft zu einem charakteristischen Akte der Stellvertretung. Hierüber hinaus, d. h. hinsichtlich der Bildung des Willens des Dritten und hinsichtlich des Inhaltes der Erklärungen, bildet dagegen das Rechtsgeschäft kein Charakteristikum der Stellvertretung.

Was die Betätigungen formeller Natur anbelangt, so wird durch sie erreicht, dass das Vertretergeschäft unmittelbar für und gegen den Vertretenen wirkt. Die wesentlichste dieser Betätigungen ist die vom Vertretenen ausgehende, während der Vertreter und der Dritte meist nur durch konkludente Handlungen, vornehmlich durch Vornahme des Rechtsgeschäfts, ihren übereinstimmenden Willen erklären. Die vom Vertretenen abgegebene Erklärung wird von der Wissenschaft als „Vollmachterteilung“, oft auch

fälschlich als „Vollmacht“ bezeichnet. In Wirklichkeit ist der Begriff der Vollmacht zu definieren als die formelle Ursache für den Eintritt der Stellvertretungswirkung. Das BGB. geht davon aus, dass der Grund für die Fremdwirkung des Vertretergeschäftes zu suchen ist in einer besonderen Macht (Vertretungsmacht) des Vertreters, die ihm durch die Vollmachterteilung d. h. die einseitige Erklärung des Vertretenen, verliehen wird. Nach unserer Ansicht dagegen tritt die Fremdwirkung des Vertretergeschäftes auf Grund eines Abkommens der Beteiligten ein; dieses Abkommen ist daher als Vollmacht zu bezeichnen. Ob durch das Abkommen gleichzeitig dem Vertreter eine besondere Macht verliehen wird, ist später zu untersuchen.

Die Vollmacht ist also ein charakteristischer Bestandteil der Stellvertretung, aber nicht der einzige Bestandteil. Vielmehr steht neben ihr das vom Vertreter vorgenommene Rechtsgeschäft. Die Vollmacht will die Wirkungen des Rechtsgeschäfts regeln, sie setzt also seinen Abschluss voraus. Ohne Vornahme eines Rechtsgeschäftes ist die Vollmacht wirkungslos.

Andererseits wird aber der Vertreter das Rechtsgeschäft nicht vornehmen wollen, wenn der Vertretene nicht Vollmacht erteilt d. h. erklärt hat, dass er aus dem Geschäfte unmittelbar berechtigt und verpflichtet werden solle. Es wird also, von den eingangs erwähnten Surrogaten der Stellvertretung abgesehen, das Rechtsgeschäft nur dann vorgenommen werden, wenn der Vertretene Vollmacht erteilt hat.

Hiernach sind die Beziehungen zwischen Vollmacht und Vertretergeschäft folgende: Die Vornahme des Vertretergeschäftes ist von der Entstehung der Vollmachterteilung, die Wirksamkeit der Vollmacht von der Vornahme des Vertretergeschäfts abhängig; die Vollmachterteilung muss erst das Vertretergeschäft zur Entstehung gelangen lassen, um ihrerseits durch dessen Vornahme wirksam zu werden.

§ 3. Kritik der abweichenden Ansichten.

I. Es war bereits oben S. 2 ff. dargelegt worden, dass über das Verhältnis von Vollmacht und Vertretergeschäft zwei Ansichten aufgestellt sind; nach der ersten, welche als die herrschende zu bezeichnen ist, wird das Vertretergeschäft als ein Rechtsakt angesehen, der für den Begriff und das Wesen der Stellvertretung keine Bedeutung hat; nur dadurch, dass dieses Rechtsgeschäft auf Grund der erteilten Vollmacht abgeschlossen ist, wird es geeignet, eine Stellvertretungswirkung hervorzubringen. Hiernach hat für die Stellvertretung nicht das Vertretergeschäft, sondern nur seine Grundlage, die Vollmacht, Bedeutung. — Nach der anderen Ansicht ist die Vollmacht nur eine Einwilligung in das vorzunehmende Vertretergeschäft. Daneben ist endlich noch die Ansicht Schlossmanns zu erwähnen, wonach die Vollmacht ein bedeutungsloser Begriff sei und die Stellvertretungswirkung dann beim Vertretergeschäft eintrete, „wenn dabei die Tendenz oder die empirische Absicht obwaltet, dass der wirtschaftliche Erfolg des Handelns des Vertreters dem Vertretenen zufallen solle“.[1])

II. Die beiden Ansichten, die, von der Schlossmanns abgesehen, in der Literatur vertreten sind, sind einander völlig entgegengesetzt; gleichwohl können sie beide mit demselben Argumente bekämpft werden: Das vom Vertreter abgeschlossene Rechtsgeschäft entspringt nicht seiner Initiative, sondern ist auf die Direktive des Vertretenen hin vorgenommen; diese Teilung des rechtsgeschäftlichen Willens ist ein Charakteristikum der Stellvertretung. Sie ist ein Bestandteil der Stellvertretung; dieser Satz richtet sich gegen die herrschende Ansicht. Es gibt kein Rechtsgeschäft ausser dem vom Vertreter vorgenommenen Geschäfte, bei welchem nicht dieselbe Person, die den Gedanken hervorbringt, diesen Gedanken auch zum Willen entwickelt und den Willen dann

[1]) a. a. O. Bd. I, S. 48.

durch eine Erklärung nach aussen hin in die Erscheinung treten lässt. Eine Ausnahme hiervon bildet nur die mittelbare Stellvertretung; aber diese ist eben ihrer Natur nach eine unvollkommene Stellvertretung, da sie im Innenverhältnis zwischen Vertretenen und Vertreter ihr durchaus gleicht und nur im Aussenverhältnis mangels der formellen Betätigung der Beteiligten die Wirkungen der unmittelbaren Stellvertretung entbehrt.[1]) Weiterer Auseinandersetzungen mit der herrschenden Ansicht bedarf es nicht, da ihre Vertreter sie noch niemals unter diesem Gesichtspunkte erörtert und noch niemals etwas unserer Ansicht Widersprechendes behauptet haben.

Der erste Teil unseres Satzes: „Das vom Vertreter abgeschlossene Rechtsgeschäft entspringt nicht seiner Initiative, sondern ist auf die Direktive des Vertretenen hin vorgenommen", widerlegt die von Hölder, Regelsberger und Rosenberg vertretene Ansicht, dass die Vollmacht lediglich eine Zustimmung zu dem Geschäfte des Vertreters sei. Nach dieser Ansicht ist zwar das Geschäft im Interesse des Vertretenen abgeschlossen, seine Vornahme entspringt aber der Initiative des Vertreters, und der Vertretene hat weiter nichts getan, als dem abzuschliessenden oder bereits abgeschlossenen Geschäfte zuzustimmen, ohne irgendwie seine Vornahme angeregt zu haben. Das Geschäft, das jemand mit Zustimmung eines anderen vornimmt, kommt aber auf ganz andere Weise zustande, wie dasjenige, das vom Vertreter abgeschlossen ist. — Die Unrichtigkeit dieser Ansicht ergibt sich auch noch aus einem anderen Grunde: folgerichtig durchgeführt, würde die Ansicht zu dem Ergebnisse führen, dass Vollmacht und Zustimmung identisch seien. Über diese Konsequenz hat sich Rosenberg, der im übrigen die Ansicht strikt durchgeführt hat, nicht ausgesprochen; er hat vielmehr nur gesagt, dass die Vollmacht

[1]) Nur eine scheinbare Ausnahme bildet der Fall, dass der Wille des Handelnden durch einen anderen angeregt ist; denn dieser Wille des anderen ist kein rechtsgeschäftlicher Wille und deshalb bedeutungslos.

eine Zustimmung sei, und die Frage offen gelassen, ob es noch andere Arten von Zustimmungserklärungen gäbe oder ob jede Zustimmung eine Vollmacht sei. Dass es noch andere Arten von Zustimmungserklärungen gäbe, scheint Rosenberg nicht anzunehmen; denn dann würde er wohl angeben, in welcher Weise sich die Vollmachts-Zustimmung von den anderen Zustimmungen unterscheidet; als Unterscheidungsmerkmal könnte der Lage der Sache nach nur in Betracht kommen, dass diese anderen Zustimmungserklärungen keine Vollmacht enthalten; die Definition der Vollmacht, welche Rosenberg gibt („die objektive und gewissermassen neutrale Beziehung der Vollmacht zu dem Produkte stellvertretenden Handelns macht ihr Wesen aus und bestimmt den Inhalt ihrer Erklärung"),[1]) passt aber in der Tat für jede Art von Zustimmung. Die Theorie Rosenbergs würde, konsequent durchgeführt, zu dem Ergebnis gelangen, dass Vollmacht und Zustimmung identisch seien. Damit müssten Rosenberg und alle diejenigen, welche die Vollmacht für eine Einwilligung halten, die Vollmacht für ein überflüssiges Rechtsinstitut erklären, ebenso wie dies Schlossmann, freilich aus einem ganz anderen Grunde, getan hat.

Ebensowenig kann die den Mangel der Vollmacht heilende Genehmigung als Beweis für die Richtigkeit der Rosenbergschen Theorie gelten. Zunächst ist Rosenbergs Ansicht zu verwerfen, dass die Stellvertretung ohne Vertretungsmacht eine wahre Stellvertretung ist; sie ist vielmehr nur ein Surrogat der Stellvertretung. Der von ihm hervorgehobene Umstand, dass bei der nachfolgenden Genehmigung dieselbe Wirkung eintrete wie bei der voraufgegangenen Vollmachterteilung, ist einmal nicht richtig, zweitens aber auch nicht geeignet, die Gleichartigkeit der Begriffe nachzuweisen; denn ein und dieselbe Wirkung

---

[1]) a. a. O. S. 139.

kann auf sehr verschiedenen Wegen erreicht werden.[1]) Ausserdem sind die Wirkungen der Vollmacht und der Genehmigung nicht völlig gleich; denn die dem Vertreter gegenüber erklärte Genehmigung ist dann unwirksam, wenn der Dritte den Vertretenen zur Erklärung auffordert, gleichgültig, ob die Genehmigung der Aufforderung zur Erklärung vorangegangen ist oder nicht (§ 177 BGB.). Ausserdem ist der Dritte bis zur Genehmigung zum Widerrufe berechtigt, ausser wenn er bei Abschluss des Vertrages den Mangel der Vertretungsmacht gekannt hat (§ 178 BGB.).

Die Unrichtigkeit der Rosenbergschen Ansicht ergibt sich auch aus einem Vergleich der Stellvertretung ohne Vertretungsmacht mit der Geschäftsführung ohne Auftrag, einem Vergleiche, der mit Unrecht in der letzten Zeit in Verruf geraten ist. Selbverständlich sind beide Institute scharf von einander zu unterscheiden. Aber die Stellung der Stellvertretung ohne Vertretungsmacht zur eigentlichen Stellvertretung ist doch eine ähnliche wie die der negotiorum gestio zum Auftrage. Die Stellvertretung ohne Vertretungsmacht ist, wie wir gesehen haben, ein Surrogat der eigentlichen Stellvertretung; sie zeichnet sich dadurch aus, dass die Initiative des Vertretenen keine wirkliche, sondern nur eine mutmassliche oder vermeintliche ist, d. h. der Vertreter nimmt fälschlich an, dass der Vertretene die Initiative ergriffen habe, oder er mutmasst, dass, wenn der Vertretene in der Lage wäre, die Initiative zu ergreifen, er dies getan haben würde. Genau dasselbe Verhältnis besteht zwischen Geschäftsführung ohne Auftrag und dem Auftrage selbst. Bei letzterem liegt die Initiative stets beim Auftraggeber, der den Vertragsantrag stellt; denn der Beauftragte gibt seinen Willen dadurch kund, dass er „den Auftrag annimmt“ (§ 662 BGB.). Bei der Geschäftsführung

[1]) Man denke nur daran, wieviel Mittel und Wege der kaufmännische Verkehr gefunden hat, um die Vorschrift des § 192 i. Vbd. m. § 186 HGB. (Prüfung des Gründungsherganges einer Aktiengesellschaft bei Einbringung von Einlagen) zu umgehen.

ohne Auftrag dagegen hat der negotiorum gestor das Geschäft nach dem wirklichen oder mutmasslichen Willen des Geschäftsherrn zu besorgen (§ 676 BGB.), d. h. die vermeintliche oder mutmassliche Initiative des Geschäftsherrn ist für ihn ausschlaggebend. Trotzdem nun die Beziehung zwischen negotiorum gestio zum Auftrag derjenigen zwischen Stellvertretung ohne Vertretungsmacht zur Stellvertretung durchaus analog ist, dürfte es wohl niemanden geben, der die Ausführung der Geschäftsführung und ihre Genehmigung für einen Mandatsvertrag halten würde, obgleich die Wirkungen auch hier im wesentlichen die gleichen sind (§§ 677, 683, 684 BGB.; vgl. jedoch §§ 680, 682 BGB.).

Endlich ist aber die Genehmigung, welche den Mangel der Vertretungsmacht heilt, verschieden von derjenigen Genehmigung, welcher es zur Wirksamkeit eines von einem Nichtberechtigten vorgenommenen Geschäftes bedarf. Inhaltlich unterscheiden sich die zu genehmigenden Geschäfte dadurch, dass bei der Stellvertretung ohne Vertretungsmacht der Vertreter auf Grund der vermeintlichen oder gemutmassten Initiative des Vertretenen handelt, während die sonstigen einer Genehmigung bedürftigen Rechtsgeschäfte von dem Geschäftsführer lediglich aus eigenem Antriebe vorgenommen werden. Das ohne Vertretungsmacht ausgeführte Geschäft ist also ein Mittelglied zwischen dem eigentlichen Vertretergeschäfte und den sonstigen einer Genehmigung bedürftigen Rechtsgeschäften; letztere werden vom Geschäftsführer aus eigener Initiative, die Vertretergeschäfte vom Vertreter auf Grund der Initiative des Vertretenen abgeschlossen; die vom Vertreter ohne Vertretungsmacht ausgeführten Geschäfte werden dagegen zwar selbstständig, aber auf Grund einer vermeintlichen oder mutmasslichen Initiative des Vertretenen ausgeführt.

Aber auch in den Wirkungen unterscheidet sich die Genehmigung des vom Vertreter ohne Vertretungsmacht abgeschlossenen Geschäftes von den gewöhnlichen Fällen der Genehmigung. Die Stellung des Dritten ist im ersten

Falle eine bessere, weil er — in der Regel wenigstens — nicht weiss, dass das Geschäft nicht auf Grund der wirklichen Initiative des Vertretenen, sondern nur auf Grund der vermeintlichen oder mutmasslichen Initiative vorgenommen ist; im zweiten Falle kommt dagegen eine Initiative des Geschäftsherrn gar nicht in Frage, vielmehr handelt hier der Geschäftsführer selbständig und bedarf nur, was dem Dritten bekannt ist, der Zustimmung des Geschäftsherrn. Die freiere Stellung des Dritten bei der Stellvertretung ohne Vertretungsmacht zeigt sich in zwei Punkten: Er ist bis zur Genehmigung zum Widerrufe berechtigt (§ 178 BGB.) und er kann den Vertretenen zur Erklärung über die Genehmigung auffordern mit der Wirkung, dass dann nur ihm gegenüber die Erklärung erfolgen kann (§ 177 Abs. 2 BGB.). Das erste Recht steht ihm nur zu, wenn er den Mangel der Vertretungsmacht beim Abschluss des Vertrages nicht kannte, das zweite ohne diese Beschränkung, letzteres wohl deshalb, damit er möglichst schnell Klarheit über die Beziehungen zwischen dem Vertretenen und Vertreter erhalten kann.[1]) Ausserdem ist der ohne Vertretungsmacht Handelnde dem Dritten zum Schadensersatz verpflichtet, es sei denn, dass der Dritte den Mangel der Vertretungsmacht kannte oder kennen musste (§ 179 BGB.).

Wir sehen also, dass die Genehmigung des vom Vertreter ohne Vertretungsmacht abgeschlossenen Geschäftes sowohl von der Vollmacht wie von der Genehmigung sonstiger Rechtsgeschäfte durchaus verschieden ist, wenn ja auch zuzugeben ist, dass sie mit den beiden anderen Rechtsinstituten eine gewisse Verwandtschaft hat. Mangels einer solchen Identität können wir Rosenberg nicht zugeben, dass nun auch die Vollmacht und der gewöhnliche Fall der Zustimmung wesensgleich sind; vielmehr unterscheiden sich diese beiden Begriffe noch mehr von einander als von der Genehmigung des ohne Vertretungsmacht abgeschlossenen

[1]) Vgl. Protokolle der zweiten Kommission, Bd. I, S. 155.

Rechtsgeschäftes, die immerhin mit beiden Begriffen viele Berührungspunkte hat.

Als dritte Ansicht über das Wesen der Stellvertretung ist die von Schlossmann zu erwähnen. Sein Versuch, den Begriff der Vollmacht zu zerstören, wird später zu erörtern sein; hier ist nur auf seine Ansicht einzugehen, dass die Stellvertretungswirkung dann beim Vertretergeschäft eintritt, „wenn dabei die Tendenz oder die empirische Absicht obwaltet, dass der wirtschaftliche Erfolg des Handelns des Vertreters dem Vertretenen zufallen solle". Diese Ansicht enthält etwas Halbwahres; unbestreitbar ist, dass die Stellvertretung mit ihrer Wirkung nur dann vorliegt, wenn die Absicht oder Tendenz auf Eintritt dieser Wirkung gerichtet ist. Unrichtig ist dagegen, dass hierin schon das Wesen der Stellvertretung erschöpfend dargestellt ist; was Schlossmann anführt, ist keine Konstruktion der Stellvertretung, sondern nur der Ausgangspunkt jeder Konstruktion, von der aus man versucht, die Absicht und Tendenz der Parteien unter einen Begriff zu subsumieren. Schlossmann steht also in Wirklichkeit auf dem Standpunkt, dass eine Konstruktion der Stellvertretung nicht möglich sei; diese Ansicht zu widerlegen, hat der vorstehende Abschnitt zu unternehmen versucht.

Im folgenden soll nun gezeigt werden, welchen Inhalt die Vollmacht in Gemässheit der hier aufgestellten Konstruktion hat. Auf das Vertretergeschäft näher einzugehen, erübrigt sich; die Frage, inwieweit Vertretener und Vertreter an dem Geschäfte beteiligt sein können, war schon oben, S. 14 ff. erörtert worden. Einzelne Streitfragen, deren Lösung mit der Konstruktion der Stellvertretung in keinem Zusammenhange steht, sollen hier nicht erörtert werden.

II. Die Vollmacht.

A. Das Wesen und die Bedeutung der Vollmacht.

§ 4. Das Wesen der Vollmacht.

I. Es war oben festgestellt worden, dass unter Vollmacht die Vereinbarung zwischen dem Vertretenen, Vertreter und Dritten zu verstehen ist, durch welche bewirkt wird, dass das vom Vertreter vorgenommene Rechtsgeschäft unmittelbar für und gegen den Vertretenen wirkt. Diese Wirkung tritt nur ein auf Grund eines Abkommens zwischen den drei Beteiligten, nicht dagegen auf Grund einer einseitigen Vollmachterteilung seitens des Vertretenen. Diese Vollmachterteilung für sich ist vielmehr jeder Rechtswirkung bar, und nur in Verbindung mit den Erklärungen des Vertreters und des Dritten führt sie die Übertragung der Wirkungen des Vertretergeschäftes auf den Vertretenen herbei.

Mit dieser Auffassung nähern wir uns der Ansicht derjenigen, welche die Vollmacht als einen Vertrag ansehen; denn unter „Vollmacht" wird in der Regel nichts anderes verstanden als der Komplex von Tatsachen, welcher die Fremdwirkung des Vertretergeschäftes hervorbringt. Dass die Vollmacht ein Vertrag sei, ist schon früher gelehrt worden;[1]) nachdem diese Ansicht lange Zeit bekämpft worden war, ist sie vereinzelt[2]) wieder aufgenommen worden. Freilich unterscheidet sich die Ansicht dieser

[1]) Laband a. a. O., S. 208.

[2]) v. Seeler a. a. O., S. 9.

Schriftsteller in sehr wesentlichen Punkten von der unsrigen: Nach der Meinung Labands und seiner Anhänger ist die Vollmacht ein Vertrag zwischen dem Vertretenen und Vertreter, nach unserer Ansicht ein Abkommen zwischen dem Vertretenen, dem Vertreter und dem Dritten.[1]) Nach der Ansicht der erwähnten Schriftsteller hat der Vertrag zum Inhalte die Ermächtigung zur Vornahme des Rechtsgeschäfts mit unmittelbarer Wirkung für und gegen den Vertretenen, nach unserer Meinung die Erstreckung der Wirkung des vorzunehmenden bezw. vorgenommenen Rechtsgeschäftes auf den Vertretenen.

II. Der gegen die Vertragstheorie erhobene Vorwurf, dass sie die Vollmacht nicht genügend von dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse unterscheidet, trifft unsere Konstruktion nicht. Denn das zu Grunde liegende Rechtsverhältnis zwischen dem Vertretenen und Vertreter, das sog. Innenverhältnis, hat die Vornahme des Rechtsgeschäftes zum Gegenstande, die Vollmacht dagegen die Wirkungen des vorzunehmenden bezw. vorgenommenen Geschäftes.

Ebensowenig kann gegen unsere Konstruktion der Einwand erhoben werden, dass eine Erklärung des Vertreters und des Dritten an den Vertretenen und eine solche des Dritten an den Vertreter garnicht vorliege. Wie schon erwähnt, besteht die Erklärung des Vertreters an den Vertretenen darin, dass er seinen Willen, das Rechtsgeschäft mit Wirkung für den Vertretenen vorzunehmen, durch diesen bilden und bestimmen lässt; sein Wille, die Wirkungen des Geschäftes auf den Vertretenen zu erstrecken, fällt mit seinem Willen, das Geschäft vorzunehmen, zusammen. Dass der Vertreter seinen Willen dem Vertretenen noch ausdrücklich er-

[1]) Dass für diese Vereinbarung der drei Beteiligten das Wort „Vertrag" des BGB., welches hierunter nur ein Abkommen zwischen zwei Kontrahenten versteht, nicht ohne weiteres passt, war schon oben erwähnt. Aber die für den Vertrag unter zwei Kontrahenten geltenden Grundsätze finden sinngemässe Anwendung auf diese Vereinbarung, die ihrer Natur nach drei Beteiligte erfordert.

klärt, entspricht nicht der Verkehrssitte; es genügt vielmehr dem Vertretenen, dass der Vertreter das Rechtsgeschäft vornimmt, und dabei zugleich dessen Wirkungen auf ihn erstreckt. Ebenso ist eine besondere Erklärung des Dritten an den Vertretenen überflüssig, wie schon dargelegt ist. Die Erklärung des Dritten an den Vertreter endlich besteht darin, dass er sich gegenüber das Rechtsgeschäft erkennbar im Namen des Vertretenen vornehmen lässt.

Eine der Vollmachterteilung entsprechende Willensäusserung des Vertreters und des Dritten liegt auch bei einseitigen Rechtsgeschäften vor. Nimmt der Dritte ein einseitiges Rechtsgeschäft gegenüber dem Vertreter vor, so erklärt der Vertreter seinen Willen, die Wirkungen des Rechtsgeschäfts auf den Vertretenen zu übertragen, dadurch, dass er die für den Vertretenen bestimmte Erklärung entgegennimmt. — Bei einem einseitigen Rechtsgeschäfte des Vertreters ist zu unterscheiden, ob das Rechtsgeschäft auf Grund eines Gestaltungsrechtes des Vertretenen oder ob es aus einem sonstigen Grunde vorgenommen wird. Steht dem Vertretenen ein Gestaltungsrecht zu z. B. das Recht auf Kündigung, so ist der Dritte verpflichtet, die Ausübung des Gestaltungsrechtes zu dulden, und zwar hat er regelmässig auch die Ausübung durch einen Vertreter zu gestatten. Übt daher der Vertretene sein Gestaltungsrecht durch einen Vertreter aus, so ist der Dritte verpflichtet, die Übertragung der Wirkungen des Geschäftes auf den Vertretenen zu wollen; diese Verpflichtung ersetzt seine Willenserklärung. — Bei sonstigen einseitigen Rechtsgeschäften des Vertreters erklärt der Dritte seinen Willen, dass die Wirkungen des Geschäftes den Vertretenen treffen sollen, durch die Entgegennahme der diesbezüglichen Erklärung des Vertreters.

III. Das Abkommen zwischen den drei Beteiligten kommt daher grundsätzlich erst mit Vornahme des Rechtsgeschäftes zustande. Bis zu diesem Zeitpunkte bleibt die Vollmachterteilung des Vertretenen wirksam. Der Vertretene würde

auch gar kein Interesse daran haben, eine frühere Erklärung auf seinen Antrag zu verlangen; denn er würde mit einer Erklärung des Vertreters und des Dritten, welche vor Vornahme des Rechtsgeschäftes erfolgt, nichts erreichen. Wenn der Vertreter und der Dritte die Vollmachterteilung annehmen würden d. h. erklären würden, dass sie die Wirkungen des Rechtsgeschäftes auf den Vertretenen erstrecken wollen, so sind sie deshalb noch nicht verpflichtet, das Rechtsgeschäft vorzunehmen; ohne Vornahme des Rechtsgeschäfts aber ist das ganze Abkommen wirkungslos. Will der Vertretene nur eine bestimmte Zeit lang an seine Vollmachterklärung gebunden sein, so muss er folgenden Weg wählen: Er erteilt Vollmacht zur Vornahme des Rechtsgeschäftes innerhalb einer bestimmten Frist.

Lehnt dagegen der Vertreter oder der Dritte vor Vornahme des Rechtsgeschäftes den in der Vollmachterteilung enthaltenen Antrag ab, so ist die Vollmachterteilung hinfällig geworden. In diesem Falle zeigt es sich deutlich, dass die Erstreckung der Wirkungen des Rechtsgeschäftes auf den Vertretenen nicht erfolgt auf Grund von dessen einseitiger Erklärung, sondern auf Grund eines unter den drei Beteiligten getroffenen Abkommens. Denn wenn der Vertreter oder der Dritte die Vollmachterteilung des Vertretenen ablehnt — der Vertreter, indem er erklärt, nicht für den Vertretenen handeln zu wollen, oder der Dritte, indem er erklärt, sich nicht mit dem Vertreter einzulassen — so ist die Vollmachterteilung hinfällig, und der Vertretene braucht sie nicht noch zu widerrufen. Werden der Vertreter oder der Dritte nach der Ablehnung anderen Sinnes und nehmen das Rechtsgeschäft derart vor, dass es unmittelbare Wirkung für den Vertretenen haben soll, so tritt diese Wirkung gleichwohl nicht ein, da es an einer Vollmachterteilung des Vertretenen fehlt; natürlich bleibt es dem Vertretenen unbenommen, das ohne Vertretungsmacht abgeschlossene Rechtsgeschäft zu genehmigen. Nach der herrschenden Ansicht, welche schon

an die einseitige Erklärung des Vertretenen die Wirkungen der Vollmacht knüpft, würde dagegen das Rechtsgeschäft ohne weiteres für und gegen den Vertretenen wirken, da die Vollmacht erteilt und nicht widerrufen worden ist.

Von den beiden Entscheidungen dieser Frage erscheint die unsere als die allein zweckmässige. Wenn dem Vertretenen die Ablehnungserklärung des Vertreters oder des Dritten zugegangen ist, so rechnet er nicht mehr damit, dass das Geschäft für ihn vorgenommen wird, wie er anfangs gewollt hatte. Bleibt er auch nach der Ablehnung bei seinem Willen bestehen, so kann ihm dies nichts nützen, da ja jedenfalls die Vornahme des Geschäftes auch vom Willen des Vertreters und des Dritten abhängig ist. Will der Vertretene aber nunmehr auch seinerseits von dem Abschluss des Geschäftes durch den Vertreter Abstand nehmen, so wird er es bei der Ablehnung durch den Vertreter oder Dritten bewenden lassen; er wird garnicht auf den Gedanken kommen, dass er nun noch seinerseits die Vollmachterteilung widerrufen müsste, nachdem schon einer der andern Beteiligten die Vornahme des Geschäftes mittels Stellvertretung abgelehnt hatte. Die herrschende Ansicht, welche von ihm noch einen derartigen Widerruf verlangt, würde von dem Vertretenen eine den Lebensverhältnissen widersprechende Tätigkeit erfordern.

Gegen unsere Ansicht, dass die Fremdwirkung des Vertretergeschäftes nur auf Grund eines Abkommens zwischen den drei Beteiligten eintritt, kann auch nicht geltend gemacht werden, dass der Vertretene die dem Dritten gegenüber abgegebene Vollmachterklärung stets, die dem Vertreter abgegebene in der Regel widerrufen kann. Denn es ist nicht Voraussetzung eines Vertrages, dass der Antragsteller an den Antrag gebunden ist; vielmehr kann er die Gebundenheit ausschliessen (§ 145 BGB.), ohne dass hierdurch die Natur des Vertrages berührt wird. Bei dem zwischen dem Vertretenen, Vertreter und Dritten getroffenen Abkommen braucht nun nicht ausdrücklich

vom Vertretenen erklärt zu werden, dass er an die Vollmachterteilung nicht gebunden sein wolle, vielmehr folgt dies aus der Natur des Abkommens. Während sonst die Verträge an sich schon Rechtswirkungen erzeugen, vermag vorliegendes Abkommen, wie schon oben S. 28f. dargelegt, erst mit der Vornahme des Vertretergeschäftes Wirkungen hervorzubringen; erst wenn das Rechtsgeschäft abgeschlossen ist, können hieraus Rechte und Pflichten für den Vertretenen erwachsen. Selbst wenn nun der Vertretene dem Dritten gegenüber durch Erteilung der Vollmacht erklärt hat, dass er diese Rechte und Pflichten übernehmen wolle, so ist er deshalb noch nicht dem Dritten gegenüber verpflichtet, das Seinige zur Vornahme des Vertretergeschäftes zu tun. Dieses bleibt vielmehr bis zur Abgabe der Willenserklärung des Vertreters ein Internum zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter, und der Dritte kann den Vertretenen nicht daran hindern, seinen Willen, das Rechtsgeschäft durch den Vertreter vornehmen zu lassen, zu widerrufen. Ist der Vertretene aber bezüglich seiner materiellen Willenserklärung bis zur Vornahme des Rechtsgeschäfts durch den Vertreter nicht dem Dritten gegenüber gebunden, so hat der Dritte auch kein Interesse an der Bindung der formellen Willenserklärung, da diese ohne jene bedeutungslos ist. — Dem Vertreter gegenüber ist der Vertretene in der Regel an seine Vollmachterteilung nicht gebunden, da der Vertreter kein Interesse an der Vornahme des Rechtsgeschäftes hat. Eine Ausnahme kann sich nur aus dem zugrundeliegenden Rechtsverhältnisse ergeben; daner kennt das Gesetz mit Recht eine Gebundenheit des Vertretenen an seine Vollmachterteilung gegenüber dem Vertreter in Gemässheit des zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses.

IV. Das Abkommen zwischen den drei Beteiligten hat die Bedeutung, dass die Wirkungen des vorgenommenen Rechtsgeschäfts nicht in der Person des Vertreters, sondern in der des Vertretenen eintreten. Seine Stellung zum Vertretergeschäfte ist die eines Zusatzabkommens; dies zeigt sich

schon darin, dass das Rechtsgeschäft auch dann gültig ist, wenn das Zusatzabkommen nicht zustande gekommen ist, vor allem wenn der Vertreter dem Dritten seinen Willen, die Wirkungen des Geschäftes auf den Vertretenen zu übertragen, nicht erklärt hat (§ 164 Abs. 2 BGB.) oder wenn der Vertretene keine Vollmacht erteilt hat (§ 179 BGB.).

Das Abkommen hat dagegen nicht die Bedeutung eines Gestaltungsrechtes, welches den Vertreter in die Lage setzt, mit Wirkung für den Vertretenen zu handeln. Ein Gestaltungsrecht würde nur vorliegen, wenn die Möglichkeit, die Wirkungen des Rechtsgeschäftes auf den Vertretenen zu übertragen, unabhängig von dem Willen des Vertreters vorhanden ist, und es dann im Belieben des Vertreters steht, von dieser Möglichkeit Gebrauch zu machen. Folgt man aber der hier vertretenen Ansicht, dass die Übertragung der Wirkungen des Rechtsgeschäftes auf den Vertretenen nicht erfolgen kann durch dessen einseitige Willerklärung, sondern nur durch ein Abkommen, bei dem auch der Vertreter beteiligt ist, so erscheint die Vollmacht nicht als ein Recht, das der Gestaltung durch den Vertreter fähig ist, sondern als eine rechtswirksame Vereinbarung, welche der Vertreter durch Erklärung seines Willens zu gestalten mitgeholfen hat. Das Abkommen verleiht dem Vertreter auch keine besondere Befugnis, Macht oder gar ein Recht. Denn die Möglichkeit, mit Wirkung für einen anderen zu handeln, bringt dem Vertreter keine Erweiterung der Rechtssphäre; wäre dies der Fall, so müsste er in der Lage sein können, auf dieser erweiterten Basis *für sich* Rechte erwerben und die Rechtssphäre gegen Angriffe Dritter mit Erfolg verteidigen zu können. In Wirklichkeit liegt aber nichts Derartiges vor. Der Vertreter kann zwar mit Wirkung für den Vertretenen handeln, er kann aber aus dieser Möglichkeit keine Rechte für sich herleiten. Er hat deshalb auch keine Angriffe Dritter zu befürchten und bedarf infolgedessen auch keines Rechtsschutzes. Die Annahme, dass die Vollmacht dem Vertreter ein Recht verleihe, wird

ja schon durch den Umstand widerlegt, dass die dem Vertreter gegenüber erklärte Vollmachterteilung des Vertretenen, die nach der herrschenden Ansicht die Vollmacht zur Entstehung bringt, beliebig widerrufen werden kann, ausser wenn sich aus dem zugrundeliegenden Rechtsverhältnisse, nicht etwa der Vollmachterteilung selbst, etwas anderes ergibt.

§ 5. Die Vollmachterteilung des Vertretenen.

I. Wenn auch die Vollmachterklärung des Vertretenen, die Vollmachterteilung, nicht die Vollmacht selbst ist, so ist sie doch ihr wichtigster und interessantester Bestandteil; dies ergibt sich schon daraus, dass die Vollmachterteilung als Offerte zum Vollmachtabkommen alles das enthält, was der Antragende, der Vertretene, zum Inhalte der Vollmacht gemacht wissen will, während die Annahmeerklärungen nur einfache Beantwortungen der Offerte sind, die den Inhalt der Vollmacht nicht mehr wiederholen, sondern insoweit auf die Offerte Bezug nehmen. Hieraus erklärt es sich, dass der Vertretene in seiner Erklärung genau den Inhalt der Vollmacht beschreibt, während der Vertreter und Dritte dies nicht tun. Aber selbst der Vertretene gibt den genauen Inhalt der Vollmacht nur dem Vertreter *oder* dem Dritten, und zwar in der Regel dem ersteren, an; Bei dem anderen braucht er den Inhalt nur in der Weise zu wiederholen, dass eine Divergenz der Willenserklärungen ausgeschlossen ist.

Nur in *einer* Beziehung hat die einseitige Vollmachterteilung des Vertretenen, und zwar nur die an den Vertreter gerichtete Erklärung, eine selbständige Bedeutung; denn durch sie wird in Verbindung mit der sog. materiellen Tätigkeit des Vertretenen der Vertreter bestimmt, ein Rechtsgeschäft mit Wirkung für den Vertretenen abzuschliessen. Dies war schon oben S. 11 f. erörtert worden.

II. Bedeutend wichtiger ist das Problem, ob die Vollmachterklärung des Vertretenen an den Vertreter und an den Dritten gerichtet werden muss, eine Frage, die nach unserer Ansicht zu bejahen ist. Gerade dieser Punkt ist aber einer der am meisten bestrittenen der ganzen Lehre von der Vollmacht; denn da die herrschende Meinung die Vollmacht durch einseitige Erklärung des Vertretenen entstehen lässt, so musste sie sich notwendigerweise mit der Frage beschäftigen, an wen diese Erklärung zu richten sei. Gerade in diesem Punkte gingen die Meinungen aber erheblich auseinander.

Im letzten Viertel des 19. Jahrhunderts, seitdem sich die Literatur allgemein von der Labandschen Vertragstheorie abgewandt hatte, herrschte bis zur zweiten Lesung des BGB. die Ansicht vor, dass die Vollmachterteilung in in einer einseitigen Willenserklärung des Vertretenen an den Vertreter bestehe. Die Erteilung der Vollmacht, so deduzierte man, ist zwar von dem Abschlusse des in der Regel zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses verschieden, aber diese Verschiedenheit besteht darin, dass das Rechtsverhältnis nur zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter, die Vollmacht dagegen nach aussen hin wirkt; aber auch bei der Vollmacht kommt für die Erteilung nur der Vertretene, welcher Vollmacht erteilt, und der Vertreter, dem die Vollmacht erteilt wird, in Frage; gegenüber allen sonstigen Personen, insbesondere dem Dritten, mit dem das Geschäft abgeschlossen werden soll, braucht dagegen der Vertretene seinen Willen, Vollmacht zu erteilen, nicht zu erklären; denn nicht sie werden bevollmächtigt, sondern der Vertreter.

Auf diesem Standpunkt stand die gesamte Literatur ausser Karlowa,[1]) welcher die Ansicht vertrat, dass die vollmachtsbegründende Erklärung des Vertretenen jedem Beliebigen, nicht etwa nur dem Vertreter und dem Dritten

[1]) a. a. O. S. 60; auf diesem Standpunkt steht noch jetzt Dernburg a. a. O. Bd. 1 S. 475 f.

zugehen könne. Mit der herrschenden Meinung stimmte denn auch § 118 des ersten Entwurfes zum BGB. überein, wonach Vollmacht die durch die Erklärung des Vertretenen an den Vertreter geschaffene rechtliche Beziehung war. Hiergegen machte Bähr in seiner Kritik[1]) geltend, dass die Vollmacht nicht durch Erklärung an den Vertreter, sondern durch Erklärung an den Dritten erteilt werde. Bähr unterscheidet die an den Vertreter erklärte Ermächtigung zur Vertretung von der Vollmacht, „der für Dritte bestimmten Kundgebung von der Ermächtigung des Vertreters, für den Vertretenen zu handeln“ (S. 341).[2])

Diese Kritik Bährs bewirkte, dass man in der zweiten Kommission, einem Vermittlungsvorschlage Hölders[3]) folgend, als Entstehungsgrund der Vollmacht sowohl die Erklärung an den Vertreter als auch die an den Dritten, mit welchem das Geschäft abgeschlossen werden sollte, anerkannt hatte. Diese Ansicht ist dann auch in das Gesetz übergegangen (§ 167 Abs. 1 BGB.).

Trotz dieser Bestimmung des Gesetzes ist der Streit nicht beendigt worden. Lenel[4]) sprach sich, unter Verschärfung der Behauptungen Bährs, dahin aus, dass die Vollmacht nur durch Erklärung gegenüber dem Dritten zustande kommen könne, und ihm haben sich Kipp (bei Windscheid Bd. 1 S. 308) und besonders Hellwig[5]) angeschlossen, von denen der letztere eine Reihe analoger Bestimmungen der Prozessvollmacht zugunsten seiner Ansicht ins Feld führte. Hierbei richteten sich die Angriffe darauf, dass der zuerst dem Vertreter erklärte Wille des Vertretenen nicht schon hierdurch, sondern erst durch seine Mitteilung an den Dritten die Vollmacht herbeiführt.

[1]) a. a. O. S. 340 ff.

[2]) Ähnlich auch jetzt noch Endemann a. a. O. Bd. 1 S. 403, der einen Unterschied zwischen der „unechten Vollmacht“ (Erklärung an den Vertreter) und der „echten Vollmacht“ (Erklärung an den Dritten) macht.

[3]) Arch. f. ziv. Pr. Bd. 73 S. 116.

[4]) Jherings Jahrb. Bd. 36 S. 1 ff.

[5]) a. a. O. S. 520.

Andererseits ist Romeick (a. a. O. S. 121 f.) der Ansicht, dass auch nach geltendem Rechte die Vollmacht erteilt werde durch Erklärung des Vertretenen an den Vertreter; die Erklärung an den Dritten bilde hierfür nur ein Surrogat.

Unsere Ansicht weicht, wie schon eingangs hervorgehoben, von allen diesen Meinungen dadurch ab, dass sie die Vollmacht nicht durch einseitige Erklärung des Vertretenen, sondern durch ein Abkommen zwischen den Vertretenen, Vertreter und Dritten entstehen lässt. Mit der Annahme, dass die Vollmacht durch einseitige Erklärung des Vertretenen entsteht, ist die Tatsache unvereinbar, dass der Vertreter erkennbar im Namen des Vertretenen handeln muss. Zur Vollmacht gehört nach der herrschenden Annahme diese Erklärung des Vertreters, in fremdem Namen zu handeln, nicht. Bestandteil des Rechtsgeschäfts kann sie aber deswegen nicht sein, weil das Rechtsgeschäft auch dann nicht anfechtbar ist, wenn sie irrtümlicherweise unterblieben ist (§ 164 Abs. 2 BGB.). Die Anhänger der herrschenden Meinung finden sich nun mit der Erwägung ab, dass die Erklärung des Vertreters, in fremdem Namen zu handeln, zwar nicht zum Tatbestande der Vollmacht gehöre, wohl aber durch die erteilte Vollmacht hervorgerufen sei. Dies ist aber nicht richtig; denn der Vertreter wird nicht durch die Vollmachterklärung des Vertretenen veranlasst, für ihn zu handeln, sondern er wird hierdurch überhaupt erst bewogen, das Rechtsgeschäft vorzunehmen. Die Erklärung des Vertreters, in fremdem Namen zu handeln, kann nur als die dem Dritten gegenüber abgegebene Vollmachterklärung des Vertreters aufgefasst werden.

Aber selbst wenn wir uns auf den Standpunkt der Gegner stellen, dass die Vollmacht durch einseitige Erklärung des Vertretenen entsteht, so muss doch gefordert werden, dass diese Erklärung, die Vollmachterteilung, dem Vertreter und dem Dritten zugeht, nicht nur einer dieser beiden Personen.

Zunächst ist eine Erklärung des Vertretenen an den Vertreter erforderlich. Denn nur dann wird der Vertreter mit dem Dritten das Rechtsgeschäft abschliessen, wenn er weiss, dass der Vertretene die Wirkungen des Geschäftes auf sich nehmen will. Wenn er das Geschäft abschliessen würde, ohne von diesem Willen des Vertretenen Kenntnis zu haben, so würde er sich der Gefahr aussetzen, dem Dritten zum Ersatze des Schadens verpflichtet zu sein (§§ 179, 180 BGB.). Die Kenntnis von dem Vollmachtswillen des Vertretenen ist daher eine Voraussetzung für das Handeln des Vertreters. Der Vertretene muss also dem Vertreter Vollmacht erteilt haben, damit dieser das Rechtsgeschäft vornimmt.

Die gleichen Grundsätze gelten auch für die einseitigen vom Dritten dem Vertreter gegenüber vorgenommenen Rechtsgeschäfte (§ 164 Abs. 3 BGB., sog. passive Stellvertretung). Nimmt der Vertreter die ihm zugehende Willenserklärung des Dritten, die für den Vertretenen bestimmt ist, an, so gibt er dadurch stillschweigend sein Einverständnis mit ihrer Abgabe zu erkennen.[1]) Ein solches Einverständnis des Vertreters erfolgt aber normaler Weise nur dann, wenn ihm gegenüber der Wille des Vertretenen, durch das einseitige Rechtsgeschäft des Dritten unmittelbar berechtigt und verpflichtet zu werden, erklärt ist. Denn andernfalls muss er befürchten, dem Dritten aus §§ 180 Satz 3, 179 BGB. schadensersatzpflichtig zu sein, wenn die Bevollmächtigungserklärung des Vertretenen nicht ergangen war und der Dritte dies weder wusste noch wissen musste.

Wir sehen also, dass der Vertreter vernünftigerweise ein Rechtsgeschäft im Namen des Vertretenen nicht abschliessen wird bzw. sich gegenüber vornehmen lassen wird, ohne dass ihm der Wille des Vertretenen, durch das

[1]) Entwickelt der Bevollmächtigte gar keine Willenstätigkeit bei der Annahme der Erklärung, so ist er nur Zustellungsbevollmächtigter d. h. Bote, aber nicht Vertreter. Ob der Bevollmächtigte Bote ist oder als Vertreter handelt, ist quaestio facti.

Geschäft berechtigt und verpflichtet zu werden, erklärt ist.[1]) Handelt er für den Vertretenen, ohne dass ihm dessen Bevollmächtigungswille erklärt worden ist, so tut er dies auf eigene Gefahr; es ist durchaus gerechtfertigt, ihn dann als Vertreter ohne Vertretungsmacht haften zu lassen.

Allerdings braucht die Erklärung des Vertretenen nicht unmittelbar an den Vertreter zu erfolgen; es genügt, was besonders für das passive Stellvertretungsgeschäft von Wichtigkeit ist, dass der Dritte den Willen des Vertretenen dem Vertreter mitteilt und dieser dann hieraufhin bei der Vornahme des Rechtsgeschäftes mitwirkt. In diesem Falle ist der Wille des Vertretenen durch Vermittlung des Dritten dem Vertreter erklärt worden. Es ist also stets für die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäftes für den Vertretenen eine an den Vertreter gerichtete Erklärung des Vertretenen, durch das vorzunehmende Geschäft unmittelbar berechtigt und verpflichtet werden zu wollen, erforderlich.

Dies ist auch die Ansicht des Bürgerlichen Gesetzbuches trotz der das Gegenteil besagenden Vorschrift des § 167, was wir aus der Gegenüberstellung der § 170 und § 171 Abs. 1 erkennen. Die Verschiedenheit beider Vorschriften entstammt den Beschlüssen der zweiten Kommission, welche unterscheiden wollte zwischen den Fällen, in denen „eine Vollmacht erteilt“ wird (§ 170), und denjenigen, „in welchen sie einem Dritten kund gegeben wird“ (§ 171 Abs. 1). Nach der Fassung des § 167 müsste man zu der Ansicht kommen, dass § 170 von der Vollmachterteilung handelt, § 171 Abs. 1 dagegen nicht. Dies war auch die Ansicht der zweiten Kommission (Prot. II, I, S. 146). In Wirklichkeit trifft aber gerade das Gegenteil zu. In § 170, dem Falle der angeblichen Vollmachterteilung, ist als Rechtsfolge der nur an den Dritten erfolgten Willenserklärung des Vertretenen bestimmt, dass die Erklärung dem Dritten gegenüber in Kraft bleiben solle, bis ihm das Erlöschen

[1]) Dies übersieht Hupka vollkommen.

von dem Vollmachtgeber angezeigt wird. In § 171 Abs. 1 dagegen ist bestimmt, dass, wenn der Vertretene seinen Willen sowohl gegenüber dem Vertreter als auch gegenüber dem Dritten erklärt hat, der Vertreter auf Grund der Erklärung an den Dritten diesem gegenüber zur Vertretung befugt ist. — Aus der Gegenüberstellung dieser beiden Vorschriften ergibt sich die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht; denn in § 171 ist die Befugnis des Vertreters zur Vertretung als Rechtsfolge ausgesprochen, § 170 dagegen sagt nur, dass eine lediglich dem Dritten gegenüber abgegebene Willenserklärung des Vertretenen bis zu ihrem Widerrufe in Geltung bleibe, dagegen ist hier von einer Vertretungsbefugnis nicht die Rede. Wir sehen also, dass der lediglich dem Dritten erklärte Wille des Vertretenen keine Vollmacht hervorruft; es bedarf vielmehr stets einer Erklärung des Vertretenen an den Vertreter.

In gleicher Weise ist eine Erklärung des Vertretenen an den Dritten erforderlich, damit das Rechtsgeschäft unmittelbare Wirksamkeit für und gegen den Vertretenen erlangt. Bei dem zweiseitigen und dem passiven Stellvertretungsgeschäfte ergibt sich dies schon daraus, dass der Dritte, der ja das Geschäft mit Wirksamkeit für den Vertretenen abschliessen will, die von seiner Seite erforderliche Willenserklärung dem Vertreter nicht abgibt, wenn er nicht von dem Willen des Vertretenen, durch das Rechtsgeschäft berechtigt und verpflichtet zu werden, Kenntnis hat; eine solche Kenntnis erlangt er aber nur durch Erklärung seitens des Vertretenen, und zwar entweder durch direkte oder durch indirekte; letztere erfolgt in der Regel durch die Vermittlung des Vertreters oder durch Vorlegung einer Vollmachtsurkunde.

Bei dem aktiven Stellvertretungsgeschäfte kommt § 174 BGB. zur Anwendung: „Ein einseitiges Rechtsgeschäft, das ein Bevollmächtigter einem andern gegenüber vornimmt, ist unwirksam, wenn der Bevollmächtigte eine Vollmachtsurkunde nicht vorlegt und der andere das Rechtsgeschäft

aus diesem Grunde zurückweist. Die Zurückweisung ist ausgeschlossen, wenn der Vollmachtgeber den anderen von der Bevollmächtigung in Kenntnis gesetzt hat.“ Diese Vorschrift beweist, wie Hellwig (Kritik über Hupka, S. 522) mit Recht betont, dass der lediglich dem Vertreter gegenüber erklärte Wille des Vertretenen nicht imstande ist, eine Wirkung des von dem Vertreter vorgenommenen Rechtsgeschäftes für den Vertretenen hervorzubringen. Der Dritte kann hier die Willenserklärung des Vertreters zurückweisen, ebenso wie dies der Vertreter beim einseitigen Rechtsgeschäft des Dritten kann (§ 180 Satz 3 BGB.), falls ihm nicht der Wille des Vertretenen erklärt ist. Wir sehen also, dass in diesen beiden Fällen die Möglichkeit einer Zurückweisung des einseitigen Rechtsgeschäftes besteht, selbst wenn der Vertretene seinen Bevollmächtigungswillen an den Vertreter oder an den Dritten erklärt hat. Mithin kann eine derartige Erklärung für das Zustandekommen eines für den Vertretenen unmittelbar wirksamen Rechtsgeschäftes nicht genügen, es muss vielmehr noch die zweite Erklärung des Vertretenen hinzukommen.[1])

[1]) Es muss hier noch auf folgenden von Hupka S. 93 angeführten Fall eingegangen werden: Der Vertreter (und ganz analog der Dritte) hat das Rechtsgeschäft mit Wirkung für den Vertretenen vorgenommen, ohne von einer Vollmachterklärung des Vertretenen Kenntnis zu haben; der Vertretene hat aber tatsächlich vor Vornahme des Rechtsgeschäftes dem Vertreter bezw. dem Dritten die Bevollmächtigungserklärung zugehen lassen. Hupka nimmt an, dass hier ein Stellvertretungsgeschäft mit dem Augenblicke des Abschlusses des Geschäftes zustande gekommen sei, da die Vollmacht zu dieser Zeit durch Erklärung gegenüber dem Vertreter allein (bezw. dem Dritten allein) gemäss §§ 167, 130 BGB. erteilt sei, infolgedessen sei weder der Vertretene noch der Dritte zum Widerrufe berechtigt. Hupka käme dann zu dem Resultate, dass jeder Dritte, der nachträglich davon erfährt, dass der Vertreter bei Abschluss des Vertrages keine Vertretungsmacht gehabt hat, mit der Möglichkeit rechnen muss, an den Vertrag gebunden zu sein, weil vielleicht der Vertretene vor Abschluss des Geschäftes seinen Bevollmächtigungswillen dem Vertreter erklärt haben könne; er selbst kann in diesem Falle noch nicht einmal Aufschluss vom Vertretenen gemäss § 177 Abs. 2 BGB. verlangen, da ihm das Recht fehlt, im Falle der Ver-

Auch in sonstiger Weise ist die Erklärung, die der Vertretene dem Vertreter oder dem Dritten abgibt, wirkungslos. Die dem Dritten gegenüber abgegebene Willenserklärung kann jederzeit widerrufen werden (§ 170 BGB.). Dies gilt auch in der Regel für die dem Vertreter abgegebene Erklärung; doch bestimmt § 168 Satz 2 BGB.: „Die Vollmacht ist auch bei dem Fortbestehen des Rechtsverhältnisses widerruflich, sofern sich nicht aus diesem ein anderes ergibt.“ Es kann also bereits mit der Erklärung an den Vertreter eine rechtliche Wirkung, die Gebundenheit des Vertretenen, eintreten. Dies ist aber keine durch die Erklärung der Bevollmächtigung hervorgerufene Rechtswirkung, sondern eine Wirkung, welche durch das zugrunde liegende Rechtsverhältnis entstanden ist. Denn der Vollmachterteilung kann im engeren oder entfernteren Zusammenhange ein zwischen dem Vertretenen und Vertreter bestehendes Rechtsverhältnis zugrunde liegen; ist die Verknüpfung eine enge, so kann das Rechtsverhältnis, welches meist eine Gebundenheit des Vertretenen gegenüber dem Vertreter erzeugt, diese Gebundenheit auch durch Einwirkung auf die Vollmachterklärung übertragen. In diesem Falle besteht aber die Gebundenheit nicht auf Grund der

---

weigerung des Aufschlusses das Geschäft gemäss § 178 BGB. zu widerrufen. Ob die Nichtbeantwortung seiner Anfrage von seiten des Vertretenen eine Verweigerung der Genehmigung gemäss § 177 BGB. bedeutet und ob sein daraufhin erfolgter Widerruf des Geschäftes berechtigt war, kann er unter Umständen erst dann erfahren, wenn er auf Erfüllung verklagt wird. — Von unserem Standpunkte aus, ist das Ergebnis ein sehr einfaches. Zur Zeit des Geschäftsabschlusses war Vollmacht noch nicht erteilt, da es an der zweiten erforderlichen Erklärung des Vertretenen an den Dritten (bezw. an den Vertreter) fehlte. Es kommen mithin die Grundsätze über Vertretung ohne Vertretungsmacht zur Anwendung. Die „Bevollmächtigungserklärung“ des Vertretenen ist hier eine Einwilligung, die ganz analog der viel häufiger vorkommenden und daher vom Gesetz allein genannten Genehmigung wirkt. Der Vertretene ist also an das Geschäft gebunden, nicht aber der Dritte, wenn ihm die Erklärung des Vertretenen nicht zugegangen ist und er den Vertretenen zur Erklärung auf Grund des § 177 Abs. 2 BGB. vergeblich auffordert.

Vollmachterklärung, sondern auf Grund des der Vollmacht zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses, was ja auch aus dem Wortlaut des § 168 Satz 2 BGB. hervorgeht. Erlischt das zugrundeliegende Rechtsverhältnis, so fällt damit auch die Widerruflichkeit der Willenserklärung fort. Wir sehen also, dass eine dem Vertreter oder dem Dritten abgegebene Erklärung des Vertretenen keine rechtliche Wirkung hat, und können daher auch aus diesem Grunde annehmen, dass durch eine derartige Erklärung allein eine Vollmacht noch nicht erteilt wird.

§ 6. Die Beziehungen zwischen der Vollmacht und dem ihrer Erteilung zugrundeliegenden Rechtsverhältnisse.

I. Die Frage, inwieweit die Vollmacht von dem ihr zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse abhängig ist, kann als eine der am meisten bestrittenen der ganzen Stellvertretungslehre bezeichnet werden. Nach der Ansicht, welche bis zum Erscheinen der Labandschen Schrift (1866) allein herrschte, war die Vollmacht ein Bestandteil des Vertrages zwischen dem Vertretenen und Vertreter, sie war mit diesem geradezu identisch. Demnach konnte die Vollmacht nur mit dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse entstehen und musste mit ihm zugleich erlöschen. Diese Ansicht wird heute noch von Schlossmann und v. Seeler vertreten; sie scheitert daran, dass die Vollmacht kein Bestandteil des Vertrages zwischen dem Vertretenen und Vertreter, sondern ein von diesem gesondertes, selbständiges Abkommen zwischen den Vertretenen, Vertreter und Dritten ist.

Auch die herrschende Meinung nimmt an, dass die Vollmacht und das ihr zugrundeliegende Rechtsverhältnis verschiedene Rechtsakte sind. Sie steht dann weiter auf dem Standpunkte, dass es zwei verschiedene Arten von Vollmachterteilungen gibt, nämlich solche, denen ein Rechtsverhältnis zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter

zugrunde liegt, und solche, die ein derartiges Rechtsverhältnis entbehren. Bezüglich der ersteren Art besteht dann ein Streit, ob hier die Vollmacht nur für den Fall des Bestehens des Rechtsverhältnisses erteilt ist (kausale Vollmacht) oder ob sie ohne ein solches zur Entstehung gelangen kann (abstrakte Vollmacht).

Ein Rechtsverhältnis liegt dann der Erteilung der Vollmacht zugrunde, wenn der Vertretene zunächst den Vertreter im Innenverhältnis verpflichtet, für ihn zu handeln, und erst daraufhin seinen Willen erklärt, durch das vorzunehmende Vertretergeschäft unmittelbar berechtigt und verpflichtet zu werden; das Unterscheidungsmerkmal ist, ob der Vertretene bei Erteilung der Vollmacht infolge der Verpflichtung des Vertreters im Innenverhältnisse eine obligatorische Sicherheit dafür hat, dass der Vertreter das Geschäft für ihn vornehmen und dadurch seinem Willen den gewünschten Erfolg, die Wirksamkeit des Vertretergeschäftes für ihn, verschaffen wird. Das Zugrundeliegen des Rechtsverhältnisses bedeutet also, dass der Vertretene die Hindernisse, die der Wirksamkeit seines Willens dadurch entstehen können, dass der Vertreter nicht für ihn handelt, schon im voraus soweit möglich beseitigt. Die Beseitigung des Hindernisses, d. h. das Zustandekommen des Innenverhältnisses ist dann für den Vertretenen das Motiv zur Erteilung der Vollmacht. Erteilt dagegen der Vertretene die Vollmacht, ohne durch Verpflichtung des Vertreters dafür gesorgt zu haben, dass sein Wille auch wirksam werde, so liegt der Vollmachterteilung ein Rechtsverhältnis nicht zugrunde.

Diesem von der herrschenden Meinung angenommenen Unterscheidungsmerkmal, welches allerdings selten klar zum Ausdrucke gelangt, können auch wir im wesentlichen beipflichten. Ohne Bedeutung ist es, dass nach der hier vertretenen Ansicht im Gegensatz zu der herrschenden die Vollmacht keine einseitige Erklärung des Vertretenen, sondern ein Abkommen zwischen dem Vertretenen, Vertreter

und Dritten ist; denn auch nach unserer Meinung kommt für die Abhängigkeit der Vollmacht von dem zugrundeliegenden Rechtsverhältnisse nur die Vollmachterklärung des Vertretenen, nicht aber die des Vertreters und des Dritten in Betracht. Die Erklärung des Dritten kann schon deswegen nicht von dem Innenverhältnis abhängig sein, weil der Dritte an dem zugrundeliegenden Rechtsverhältnisse garnicht beteiligt ist. Aber auch die Erklärung des Vertreters steht in gar keiner Beziehung zum Innenverhältnisse; denn durch diese verpflichtet sich der Vertreter, das Rechtsgeschäft vorzunehmen, durch die Vollmachterklärung bezweckt dagegen der Vertreter, die Wirkungen des bereits vorgenommenen Geschäftes unmittelbar auf den Vertretenen zu übertragen. Eine Abhängigkeit der Vollmachterklärung des Vertreters von dem Innenverhältnisse würde nur dann vorliegen, wenn der Vertreter seine Vollmachterklärung deswegen abgeben würde, weil er hierzu im Innenverhältnisse verpflichtet ist. Dies ist aber nicht der Fall; das Innenverhältnis verpflichtet den Vertreter nur, das Rechtsgeschäft vorzunehmen und seine Wirkungen auf den Vertretenen zu übertragen, nicht aber, es dergestalt vorzunehmen, dass die Wirkungen den Vertretenen unmittelbar treffen. Der Vertreter würde auch dann seine dem Vertretenen gegenüber obliegenden Verpflichtungen erfüllen, wenn er als mittelbarer Stellvertreter erst selbst die Rechte und Pflichten dem Dritten gegenüber erwirbt und diese hierauf dem Vertretenen überträgt. Wenn der Vertreter als unmittelbarer Stellvertreter handelt, so tut er es nicht, weil er hierzu dem Vertretenen gegenüber verpflichtet ist, sondern weil er selbst nicht das mit dem Geschäfte verbundene Risiko übernehmen will.

Es kommt also auch nach unserer Ansicht nur eine Abhängigkeit der Vollmachterklärung des Vertretenen von dem zugrundeliegenden Rechtsverhältnisse in Frage; eine solche Abhängigkeit würde auch vollkommen ausreichen, um eine Abhängigkeit der ganzen Vollmacht von

dem Innenverhältnisse herbeizuführen. Denn wenn die Vollmachterteilung des Vertretenen nicht zur Entstehung gelangt (oder erlischt), weil das Innenverhältnis nicht entsteht (oder beendigt wird), so kann auch die ganze Vollmacht nicht zur Entstehung gelangen bezw. muss auch sie erlöschen.

In den Fällen, in denen der Vollmacht ein Rechtsverhältnis zugrunde liegt, ist nach dem oben Gesagten das Innenverhältnis ein Motiv für den Vertretenen, Vollmacht zu erteilen. Dies bedeutet nur, dass der Vertretene zur Vollmachterteilung veranlasst ist durch die Annahme, dass das Innenverhältnis, in welchem der Vertreter sich zur Vornahme des Geschäftes verpflichtet habe, bestehe; nicht dagegen ist erforderlich, dass diese Annahme des Vertretenen den Tatsachen entspricht d. h. dass das Innenverhältnis wirklich entstanden ist. Ein Innenverhältnis liegt hiernach auch dann der Vollmachterteilung zugrunde, wenn es anfechtbar, nichtig oder selbst wenn es nicht vorhanden ist und der Vertretene in Unkenntnis des Mangels sich veranlasst gesehen hat, Vollmacht zu erteilen, da nach seiner Meinung der Vertreter im Innenverhältnis zur Ausführung des Geschäftes verpflichtet sei. Dagegen liegt der Vollmachterteilung ein Rechtsverhältnis dann nicht zugrunde, wenn es ungültig ist und der Vertretene diesen Mangel kennt, aber annimmt, dass der Vertreter infolge Unkenntnis des Mangels des Innenverhältnisses das Geschäft für ihn, den Vertretenen, vornehmen werde.

Das Rechtsverhältnis zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter bildet hiernach ein Motiv für die Erteilung der Vollmacht. Es ist aber deshalb noch kein Rechtsgrund, keine Voraussetzung für ihre Entstehung. Es ist daher die Streitfrage, ob die Vollmacht, deren Erteilung ein Rechtsverhältnis zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter zugrunde liegt, nur bei Gültigkeit des Innenverhältnisses entstehen kann und mit seinem Fortfall erlöschen muss, zu verneinen. Wir kommen damit übereinstimmend

mit der herrschenden Meinung[1]) zu dem Ergebnisse, dass die Vollmachterteilung stets ein abstraktes Rechtsgeschäft ist.

Wenn nun auch das Bestehen des Innenverhältnisses keine Voraussetzung der Vollmacht ist, so besteht doch insofern ein Zusammenhang zwischen beiden, als sie beide dieselbe Voraussetzung haben, deren Fortfall Innenverhältnis und Vollmacht in gleicher Weise zum Erlöschen bringt. Diese gemeinsame Voraussetzung ist der Wille des Vertretenen, den Vertreter zu veranlassen, für ihn zu handeln. Im Innenverhältnis bildet dieser Wille den Inhalt der Vertragserklärung des Vertretenen, er ist also erforderlich für das Zustandekommen und Bestehen des Innenverhältnisses. Ebenso ist er aber auch eine Voraussetzung der Vollmachterteilung des Vertretenen; denn wenn der Vertretene durch das vom Vertreter vorzunehmende Geschäft unmittelbar berechtigt und verpflichtet werden will, so muss er auch den Willen haben, dass der Vertreter das Geschäft vornimmt. Indem er den Vertreter hierzu veranlasst, zeigt er denselben Willen wie beim Abschlusse des Innenverhältnisses.

Dagegen beruht die Vollmachterklärung des Vertreters nicht auf derselben Voraussetzung wie seine Erklärung im Innenverhältnisse; letztere geht dahin, das Rechtsgeschäft vorzunehmen, die Vollmachterklärung dagegen ist darauf gerichtet, dass die Wirkungen des Rechtsgeschäftes nicht ihn, sondern unmittelbar den Vertretenen treffen sollen. Im Innenverhältnis erklärt der Vertreter, für den Vertretenen handeln zu wollen, in der Vollmachterklärung dagegen, das Risiko des Geschäftes nicht selbst übernehmen zu wollen.

II. Aus den dargelegten Beziehungen zwischen Innenverhältnis und Vollmachterklärung des Vertretenen ergeben sich folgende Sätze: Ist der Wille des Vertretenen, welcher die Voraussetzung sowohl des Innenverhältnisses wie der

[1]) Enneccerus I. S. 470 f., Hupka S. 155 ff.; Abweichend Planck Bd. I S. 216, Dernburg Bd. I S. 476.

Vollmacht bildet, nichtig oder fällt er späterhin fort, so erlischt nicht nur das Innenverhältnis, sondern auch die Vollmacht. Kommt dagegen das Innenverhältnis aus anderen Gründen nicht zur Entstehung oder erlischt es in anderer Weise, so ist dies auf das Bestehen der Vollmacht ohne Einfluss. Zu diesen „anderen Gründen“ gehört vor allem der Wille des Vertreters, den Antrag des Vertretenen anzunehmen und ihm nachzukommen, dann aber auch beim zweiseitigen (entgeltlichen) Vertrag zwischen Vertretenen und Vertreter der Wille des Vertretenen, das Entgelt für die Vornahme des Rechtsgeschäftes an den Vertreter zu entrichten. Die Vollmacht ist also nur insoweit vom Bestehen des Rechtsverhältnisses zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter abhängig, als der Wille des Vertretenen, den Vertreter zur Vornahme des Rechtsgeschäftes zu veranlassen, in Frage kommt. Besteht aber das Innenverhältnis deswegen nicht, weil der Wille des Vertreters, sich zur Vornahme der Handlung zu verpflichten, oder der Wille des Vertretenen auf Einrichtung der Gegenleistung nichtig ist oder späterhin fortfällt, so ist dies auf das Bestehen der Vollmacht ohne Einfluss.

Allerdings scheint unserer Ansicht die Vorschrift des § 168 Satz 2 BGB. entgegenzustehen, welche von einer Beendigung der Vollmacht bei Erlöschen des Innenverhältnisses spricht, ohne hiervon irgendwelche Ausnahmen zu machen. Diese Vorschrift lautet: „Das Erlöschen der Vollmacht bestimmt sich nach dem ihrer Erteilung zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse.“ Diese Bestimmung ist nach unserer Ansicht folgendermassen aufzufassen: Erlischt das Rechtsverhältnis infolge des Fortfalles des Willens des Vertretenen, so endigt auch die Vollmacht. Tod und Eintritt der Geschäftsunfähigkeit des Vertretenen sind Endigungsgründe des Innenverhältnisses nur dann, wenn in diesen Fällen nach dem Willen der Parteien das Vertragsverhältnis endigen soll (§§ 672, 673, 675, 728 Abs. 1 BGB.); es fällt also auch hier der Wille des Vertretenen mit dem Erlöschen

des Innenverhältnisses fort. Im Falle der Konkurseröffnung über das Vermögen des Auftraggebers verliert dieser jede Verfügungs- und Verwaltungsbefugnis über sein zur Konkursmasse gehöriges Vermögen; es wird hier daher sein Wille, das Geschäft besorgen zu lassen, rechtlich unwirksam, sofern der Geschäftsbesorgungsvertrag das zur Konkursmasse gehörige Vermögen betrifft (§ 23 KO).

Wir sehen also, dass bei jeder Beendigung des Innenverhältnisses, sofern sie nicht durch Kündigung des Beauftragten erfolgt, der Wille des Auftraggebers fortfällt, mithin auch die Vollmacht erlischt. Endigt das Innenverhältnis durch Kündigung des Vertreters, so wird die Vollmacht in den meisten Fällen gegenstandslos, weil der Vertreter das Rechtsgeschäft gegenüber dem Dritten nicht vornimmt bezw. sich gegenüber vornehmen lässt. Es bleiben also nur noch die Fälle übrig, in denen der Vertreter trotz der von seiner Seite erfolgten Kündigung das Rechtsgeschäft gegenüber dem Dritten vornimmt. Von diesen scheidet aber noch eine weitere Gruppe aus, welche diejenigen Fälle umfasst, in denen die Kündigung des Vertragsverhältnisses seitens des Beauftragten erfolgt, der Auftraggeber aber in der Lage ist, in anderer Weise für die Besorgung des Geschäftes Fürsorge zu treffen. In diesen Fällen wird der Auftraggeber nicht mehr auf die Tätigkeit des widerwilligen Beauftragten, welcher gekündigt hat, Wert legen, sondern einem andern die Geschäftsbesorgung übertragen oder von der Besorgung ganz absehen.

Es bleiben also nur noch die Fälle übrig, in denen folgende drei Voraussetzungen vorliegen:

1. Das Innenverhältnis erlischt durch Kündigung des Beauftragten.
2. Die Kündigung erfolgt zu einer Zeit, in welcher der Auftraggeber nicht in der Lage ist, für die Besorgung des Rechtsgeschäftes anderweitig Fürsorge zu treffen.
3. Der Beauftragte nimmt nach der Kündigung Rechtshandlungen gegenüber dem Dritten vor.

Die Zahl der hierher gehörigen Fälle ist sehr gering; denn einmal wird der Beauftragte nach erfolgter Kündigung nur selten für den Auftraggeber handeln, und zweitens ist das Kündigungsrecht des Beauftragten sehr eingeschränkt für den Fall, dass der Auftraggeber nicht in der Lage ist, für die Besorgung des Rechtsgeschäftes anderweitig Fürsorge zu treffen; denn hier ist eine Kündigung gemäss §§ 671 Abs. 2, 675, 723 BGB. unstatthaft, ausser wenn ein wichtiger Grund für die unzeitige Kündigung vorliegt.[1])

Was nun das Innenverhältnis in diesen Fällen anlangt, so ist der Vertreter gemäss § 683 BGB geschützt, da er nach dem wirklichen Willen des Vertretenen handelt; es ist also für ihn ganz gleichgültig, ob er für den Vertretenen als Beauftragter oder als Geschäftsführer ohne Auftrag handelt. Dagegen ist es für das Aussenverhältnis von grosser Wichtigkeit, ob man eine Vertretungsmacht für vorliegend erachtet oder nicht; denn wenn man eine solche nicht annimmt, so wirkt die von dem „Vertreter" vorgenommene Handlung nur gegenüber dem Dritten, der von der Kündigung des Vertreters nichts weiss oder wissen muss, nicht aber gegenüber dem „Vertretenen" und dem bösgläubigen Dritten.

---

[1]) Das zwischen dem Vertretenen und Vertreter bestehende Rechtsverhältnis kann ein Auftrags-, Geschäftsbesorgungs- (§ 675 BGB.) oder Gesellschaftsvertrag sein; die Abweichungen, welche die drei Formen zeigen, sind für unsere Betrachtung belanglos. Es ist deshalb der Kürze halber der Vertretene stets als Auftraggeber, der Vertreter als Beauftragter bezeichnet. Bei dem Geschäftsbesorgungsvertrage gilt allerdings insofern eine Besonderheit, als der Beauftragte auch ohne wichtigen Grund kündigen darf, selbst wenn es zur Unzeit wäre, falls das Vertragsverhältnis auf eine bestimmte Zeit eingegangen ist. Hier wird sich aber der Auftraggeber auf das Ausscheiden des Beauftragten vorbereiten können, und in der Lage sein, anderweitig Vorkehrungen zu treffen. Es ist hiernach ausgeschlossen, dass die Kündigung vom Beauftragten unter Einhaltung einer Frist erfolgen kann, ohne dass der Auftraggeber in der Lage ist, anderweitig für die Geschäftsbesorgung Fürsorge zu treffen, zumal eine besondere Einschränkung für die zu Diensten höherer Art Verpflichteten nach § 627 Abs. 2 BGB. gilt.

In diesen Fällen ist aber eine Wirksamkeit der Vertreterhandlung nicht nur für den gutgläubigen Dritten, sondern auch für den schlechtgläubigen Dritten und den Vertretenen anzunehmen; denn der Vertretene, der sich einem schlechtgläubigen Dritten gegenüber auf den Mangel der Vertretungsmacht berufen wollte, würde seine Behauptung darauf stützen, dass der Vertreter infolge der Kündigung nicht mehr verpflichtet sei, für ihn zu handeln. Eine derartige Kündigung ist aber, wenn sie zur Unzeit erfolgt, — nur diese Fälle kommen hier in Betracht — nur dann wirksam, wenn für die unzeitige Kündigung ein wichtiger Grund vorliegt (§ 671 Abs. 2 BGB.). Wollte man hier annehmen, dass der Hinweis des Vertretenen auf das Erlöschen der Vertretungsmacht begründet sei, so würde man zu dem Resultate kommen: Der Vertretene kann den Umstand, dass er selbst dem Beauftragten einen wichtigen Grund zur Kündigung gegeben hat, als Einwand zur Erlangung eines rechtlichen Vorteiles gebrauchen. Dies würde dem Grundsatze widersprechen, dass niemand sich auf eigenes Verschulden zur Erlangung eines rechtlichen Vorteils berufen darf.

Kann der Vertretene sich nicht auf einen Mangel der Vertretungsmacht berufen, so hat auch der schlechtgläubige Dritte kein schutzwürdiges Interesse an einem solchen Rechte dem Vertretenen gegenüber. Denn es steht dem Dritten frei, durch die Person des Vertreters mit dem Vertretenen ein Geschäft abzuschliessen; ist dies aber geschehen, so sind der Vertretene und der Dritte gleichberechtigte Kontrahenten, und der letztere ist ebenso an das Geschäft gebunden wie der Vertretene.

Wir kommen also zu dem Ergebnisse, dass in diesen besonderen Fällen weder der Vertretene noch der Dritte sich auf einen Mangel der Vertretungsmacht berufen kann, dass also die Vollmacht besteht, obwohl das zugrundeliegende Rechtsverhältnis erloschen ist.

Einen Beweis dafür, dass dieser Fall eine Ausnahme von der Vorschrift des § 168 Satz 1 BGB. bildet, liefert die für die Prozessvollmacht geltende Bestimmung des § 87 Abs. 2 ZPO., wonach der Prozessvertreter, wenn er gekündigt hat, für den Vollmachtgeber zu handeln befugt ist, bis dieser in anderer Weise für die Wahrnehmung seiner Rechte gesorgt hat. Diese Vorschrift hat dieselben Voraussetzungen wie der von uns aufgestellte Grundsatz bei der Vollmacht des bürgerlichen Rechtes. Denn Voraussetzung der Bestimmung des § 87 Abs. 2 ZPO. ist die Kündigung des Innenverhältnisses durch den Prozessvertreter und sein später erfolgendes Handeln für den Vertretenen; eine Abweichung der Voraussetzungen besteht nur insofern, als die Vorschrift des § 87 Abs. 2 ZPO. nicht nur dann gilt, wenn der Vertretene anderweitig für die Vornahme des Geschäftes keine Fürsorge treffen kann, sondern auch, wenn er tatsächlich für Wahrnehmung seiner Rechte nicht in anderer Weise sorgt. Dieser Unterschied erklärt sich nicht aus der Verschiedenheit der zugrundeliegenden Prinzipien, sondern aus der Verschiedenheit der Innenverhältnisse; bei der Geschäftsbesorgung des bürgerlichen Rechtes sieht der Vertretene häufig nach erfolgter Kündigung des Beauftragten von der Vornahme des Geschäftes gänzlich ab, obschon er in der Lage ist, anderweitig für die Erledigung des Geschäftes Fürsorge zu treffen; denn nicht selten liegt ihm nur deswegen an der Geschäftsbesorgung, weil er weiss, dass gerade der Beauftragte durch seine persönlichen Eigenschaften imstande ist, in besonders günstiger Weise das Geschäft zu erledigen. Kündigt ihm nun der Beauftragte, so erlischt sein Interesse an der Vornahme des Rechtsgeschäftes. Anders ist es bei der Vertretung im Prozesse; hier handelt es sich um „Wahrnehmung von Rechten", wie es in § 87 Abs. 2 ZPO. sehr zweckentsprechend heisst, und diese erfolgt stets, ganz unabhängig von der Person des Vertreters, mag auch seine persönliche Geschicklichkeit bei der Auswahl von grosser

Bedeutung sein; kündigt nun der Prozessvertreter, so wird die Partei stets in anderer Weise ihre Rechte wahrzunehmen suchen, selbst wenn sich kein ganz vollwertiger Ersatz bietet. Nimmt die Partei nach der Kündigung des Prozessvertreters ihre Rechte nicht wahr, so geschieht dies deshalb, weil sie nicht oder wenigstens nicht zur Zeit dazu in der Lage ist. Bei der Prozessvollmacht fällt also das „in anderer Weise für die Erledigung sorgen" mit dem „anderweitig sorgen können" durchaus zusammen. Es enthält also § 87 Abs. 2 ZPO. keine Erweiterung des für das bürgerliche Recht entwickelten Grundsatzes; wir können vielmehr diese Vorschrift als einen weiteren Beweis für die Richtigkeit unserer Ansicht ansehen, dass im Falle der Kündigung seitens des Vertreters die Vollmacht fortbestehen bleibt, auch zu Gunsten des Vertretenen und des bösgläubigen Dritten, wenn der Vertretene nicht anderweitig für die Erledigung der Geschäfte sorgen kann und der Vertreter dann die Geschäfte vornimmt. Insoweit muss also die Vorschrift des § 168 Satz 1 BGB. eingeschränkt werden, da hier die Vertretungsmacht trotz des Erlöschens des ihrer Erteilung zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses fortbesteht. In dem einzigen Falle, in welchem trotz Endigung des Innenverhältnisses der Wille des Vertretenen fortbesteht und durch die Vornahme des Vertretergeschäftes die Frage, ob Vertretungsmacht vorliegt, überhaupt aktuell wird, bleibt also die Vollmacht bestehen. Dies bestätigt den an die Spitze dieser Ausführung gestellten Satz: Dauert der Wille des Vertretenen, durch das Vertretergeschäft unmittelbar berechtigt und verpflichtet zu werden, trotz Endigung des Innenverhältnisses fort, so bleibt auch die Vollmacht bestehen, m. a. W. die Vollmacht erlischt nur dann bei Endigung des ihrer Erteilung zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses, wenn der Wille des Vertretenen fortgefallen ist.

Die Vollmacht ist also in ihrem Entstehen von dem zugrundeliegenden Rechtsverhältnisse unabhängig, abgesehen davon, dass beide auf dem Willen des Vertretenen, den Ver-

treter mit der Vornahme des Geschäftes zu beauftragen und aus demselben berechtigt und verpflichtet zu werden, beruhen; das Gegenteil kann, wie wir gesehen haben, nicht aus der Vorschrift des § 168 Satz 1 BGB. entnommen werden. Es ist daher Enneccerus (I, § 94) in der Entscheidung seines berühmten Beispieles beizupflichten, dass der Vertretene durch die von seinem minderjährigen Verwalter abgeschlossenen Rechtsgeschäfte berechtigt und verpflichtet wird, obgleich das zugrundeliegende Rechtsverhältnis, der Anstellungsvertrag infolge Minderjährigkeit des Verwalters d. h. infolge Fehlens eines wirklichen Verpflichtungswillens desselben, nichtig ist. Die entgegengesetzte, von Planck (§ 167 Anm. 3) und Dernburg vertretene Ansicht beruht auf der oben bekämpften Auslegung des § 168 Satz 1 BGB.

Liegt der Vertretungsmacht ein zweiseitiger (entgeltlicher) Vertrag zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter zugrunde, so ist es für den Bestand der Vollmacht auch unerheblich, ob der Wille des Vertretenen, soweit er die Entrichtung des Entgeltes für die Geschäftsbesorgung betrifft, nichtig ist z. B. weil die versprochene Leistung objektiv unmöglich ist oder wider die guten Sitten verstösst, indem die Notlage des Vertretenen ausgebeutet wird und er ein unverhältnismässig hohes Entgelt für die Geschäftsbesorgung entrichten muss. Auch in diesem Falle ist das der Vollmacht zugrundeliegende Rechtsverhältnis nichtig, während die Vollmacht selbst zur Entstehung gelangt, da der Wille des Vertretenen, den Vertreter zur Vornahme von Rechtsgeschäften zu beauftragen und selbst aus dem Geschäfte unmittelbar berechtigt und verpflichtet zu werden, wirksam ist.

B. Das Erlöschen der Vollmacht.

§ 7. Die Gründe für das Erlöschen der Vollmacht.

I. Der wichtigste Erlöschungsgrund ist der Widerruf der Vollmachterklärung des Vertretenen.[1]) Dagegen können der Vertreter und der Dritte ihre Vollmachterklärungen nicht widerrufen; dies liegt daran, dass ihre Erklärung gleichzeitig mit der Vornahme des Rechtsgeschäftes erfolgt, nach diesem Zeitpunkte aber ein Widerruf undenkbar ist.

Die Vollmacht wird also dadurch widerrufen, dass der Vertretene erklärt, die Folgen eines etwa vom Vertreter vorzunehmenden Geschäftes nicht auf sich nehmen zu wollen. Dieser Widerruf ist der contrarius actus der Vollmachterteilung und ist wie diese an keine Form gebunden. Zu seiner Wirksamkeit bedarf er der Erklärung an den Vertreter oder an den Dritten (§ 168 Satz 3 BGB.). Dies ist nach unserer Ansicht selbstverständlich. Denn das Bestehen der Vollmacht setzt, ebenso wie ihre Erteilung, eine Erklärung des Vertretenen an den Vertreter und an den Dritten voraus; wird nun eine dieser Erklärungen durch contrarius actus widerrufen, so fällt eine Voraussetzung für das Bestehen der Vollmacht fort. Freilich führt unsere Ansicht nach zwei Richtungen hin zu einem Ergebnisse, das von dem der herrschenden Meinung erheblich abweicht:

1. Der Widerruf kann nicht nur demjenigen der Mitbeteiligten (Vertreter oder Dritten) erklärt werden, an den der Vertretene zuerst die Vollmachterklärung gerichtet hat, sondern auch an den anderen, welcher die spätere Erklärung erhalten hat.[2])

---

[1]) Dass die Zulässigkeit dieses Widerrufs nichts gegen die Ansicht beweist, dass die Vollmacht ein Abkommen zwischen dem Vertretenen, Vertreter und Dritten ist, war schon oben S. 30 f. dargelegt.

[2]) z. B.: Der Vertretene erklärt seinen Vollmachtswillen erst dem Vertreter und dann dem Dritten; hier kann nach unserer Ansicht der Widerruf nicht nur gegenüber dem Vertreter, sondern auch gegenüber dem Dritten erklärt werden.

2. Hat erst einer der Mitbeteiligten (Vertreter oder Dritter) die Vollmachterklärung erhalten, so liegt hierin nur ein Widerruf dieser einen Erklärung, nicht aber der ganzen Vollmacht, da diese (mangels Abgabe einer zweiten Erklärung des Vertretenen) noch nicht entstanden ist.

Für die Abweichung im Falle 1. sei folgendes Beispiel angeführt: Ein Prinzipal schickt seinen Reisenden nach einer anderen Stadt, damit er dort mit Kunden Geschäfte abschliessen soll. Bevor der Reisende dort angekommen ist, erfährt der Prinzipal, dass er gegen ihn Betrügereien begangen hat; er will infolgedessen den Abschluss weiterer Geschäfte durch den Reisenden verhindern. Da er ihn aber nicht erreichen kann, so telegraphiert er den Kunden, er entziehe dem Reisenden wegen begangener Betrügereien die Vertretungsbefugnis. Einer der Kunden schliesst aber ungeachtet des Telegrammes mit dem Reisenden ein Geschäft ab und verklagt den Prinzipal auf Erfüllung. Die herrschende Meinung muss hier zu dem m. E. unhaltbaren Ergebnisse kommen, den beklagten Prinzipal zu verurteilen. Das entgegengesetzte Ergebnis kann man nicht daraus herleiten, dass kein Geschäft vom Reisenden vorgenommen ist, weil die Erklärungen des Vertreters und des Vertretenen sich widersprechen, mithin die des Vertretenen vorgeht. Denn der Vertretene hat keineswegs erklärt, dass er ein derartiges Geschäft mit dem Kunden nicht abschliessen wolle, er hat vielmehr nur gesagt, dass der Reisende es nicht vornehmen soll. Man kann auch nicht § 130 BGB. anwenden, wonach eine Willenserklärung nicht wirksam wird, wenn vorher ein Widerruf zugeht. Denn die Erklärung geht vom Reisenden und der Widerruf vom Prinzipal aus; der Prinzipal kann aber nicht die Erklärung seines Reisenden widerrufen. — Nach unserer Ansicht dagegen kommt keine Vollmacht zustande, weil die Erklärung des Ver-

tretenen an den Dritten widerrufen wird, bevor sie dem Dritten zugeht.[1])

Der Widerruf kann sich auch beschränken auf einen Teil der Vollmachterklärung; es steht nichts im Wege, hier die für den Widerruf der ganzen Vollmachterklärung geltenden Grundsätze entsprechend anzuwenden, da man die Vollmacht zur Vornahme bestimmter Arten von Geschäften sehr wohl auffassen kann als eine Summe von Vollmachten zur Vornahme der einzelnen Geschäfte; von diesen Einzelvollmachten kann dann eine oder mehrere widerrufen werden, ohne dass dies einen Einfluss auf den Bestand der übrigen Vollmachten hat. Die Vorschriften über den Schutz des Gutgläubigen, dem dieser teilweise Widerruf zugegangen ist, finden hier entsprechende Anwendung.

Wohl zu unterscheiden von dem Falle des teilweisen Widerrufes ist der Fall, dass eine Vollmacht zwar sowohl dem Vertreter als auch dem Dritten gegenüber erklärt, aber gleichzeitig mit der Erteilung gegenüber einem der Beteiligten eingeschränkt oder ganz aufgehoben worden ist; hier ist überhaupt keine bzw. nur eine beschränkte Vollmacht zur Entstehung gelangt, wenn sie vor oder bei ihrer Erteilung widerrufen worden ist. Denn gemäss § 130 Abs. 1 BGB. bewirkt der Widerruf einer Erklärung, welcher vor oder gleichzeitig mit dem Zugehen der Erklärung selbst beim Empfänger anlangt, eine Unwirksamkeit der Erklärung. Auch hier wird natürlich der Gutgläubige geschützt, welchem die Aufhebung oder Einschränkung der Vollmachterklärung nicht zugangen ist; dieser Fall ist übrigens sehr häufig; denn oft wird einem Angestellten ein

---

[1]) Die Motive zum BGB. scheinen für unsere Ansicht zu sprechen, wenn sie sagen (I, S. 233): „Der Widerruf der Vollmacht hat der Regel nach gegenüber dem Bevollmächtigten zu geschehen, eine öffentliche Bekanntmachung des Widerrufes genügt zu dem Ende nicht. . . . Der Widerruf kann aber auch gegenüber demjenigen wirksam erklärt werden, mit welchem der Bevollmächtigte als Vertreter zu handeln ermächtig ist; dies schon deshalb, weil der Vollmachtgeber der Geschäftsherr ist".

bestimmter Wirkungskreis angewiesen, innerhalb dessen er für den Geschäftsherrn handeln könnte, oder es wird einem sonstigen Beauftragten die Vollmachtsurkunde ausgehändigt, welche er Dritten gegenüber vorzeigen darf, gleichzeitig wird er aber angewiesen, von seiner Vertretungsmacht garnicht oder doch nur im Notfalle Gebrauch zu machen. Insoweit hier eine Einschränkung der Vollmachterklärung stattfindet, ist die Vollmacht nicht zustande gekommen, und der Dritte wird nur geschützt, wenn er die Einschränkung weder kannte noch kennen musste; dass hier die Vollmacht oder ein Teil derselben nur erteilt ist für den Fall, dass Gefahr mit dem Aufschube des Geschäftes verbunden sei, ist ganz unbedenklich; denn einer bedingten Erteilung der Vollmacht steht nichts im Wege.

Der Widerruf der Vollmachterklärung kann vertragsmässig ausgeschlossen werden, was sich aus der Vorschrift des § 168 Satz 2 BGB. ergibt: „Die Vollmacht ist auch bei dem Fortbestehen des Rechtsverhältnisses widerruflich, sofern sich nicht aus diesem ein anderes ergibt.“ Diese Bestimmung steht im Gegensatze zu der Vorschrift des Ersten Entwurfes (§ 119 Abs. 1 Satz 2), wonach die Vollmacht stets widerruflich sein sollte. Trotz dieser Abweichung des Gesetzes vom Ersten Entwurfe hält Schlossmann im Einklange mit der herrschenden gemeinrechtlichen Doktrin[1]) daran fest, dass eine unwiderrufliche Vollmacht ein Unding sei. Hierin können wir Schlossmann nicht beitreten. Denn dass der Vertretene imstande ist, sich vertragsmässig zu verpflichten, die Vollmacht nicht zu widerrufen, ist unzweifelhaft; fraglich könnte nur sein, ob ein derartiger Verzicht auf den Widerruf rechtswirksam ist. Dies hat das Gesetz im bejahenden Sinne entschieden, und zwar durchaus mit Recht. Denn wenn der Vertreter ein Interesse an der Vollmachterteilung hat, was sich aus dem zugrundeliegenden Rechtsverhältnis ergibt, so kann er, wie bei jedem Vertrage

[1]) Vgl. hierzu die ausführliche Übersicht bei Hupka S. 392 ff.

die Bindung des Antragenden, in diesem Falle die Bindung des die Vollmacht erteilenden Vertretenen verlangen.[1]) Geht der Vertretene auf diese Bindung stillschweigend oder ausdrücklich ein, so kann er seine Vollmachterklärung dem Vertreter gegenüber nicht einseitig widerrufen. Dagegen kann der Widerruf der Vollmacht dem Dritten gegenüber aus den oben S. 30 f. angeführten Gründen nicht ausgeschlossen werden. Das Gegenteil beweist auch nicht der von Zitelmann (Allg. Teil S. 206) angeführte Fall: Ein Hypothekenschuldner hatte nach dem Tode seines Gläubigers gekündigt, weil ihm die Zinszahlung an die mehreren zum Teil anderwärts domizilierenden Erben unbequem war. Er lässt sich aber zur Zurücknahme der Kündigung dadurch bewegen, dass der eine an seinem Wohnorte domizilierende Erbe von den übrigen zur Entgegennahme sämtlicher Zinszahlungen bevollmächtigt wird. — Hier liegt überhaupt nichts weiter vor als die Vereinbarung eines Erfüllungsortes; der Trugschluss, den Zitelmann und mit ihm Hupka (S. 401) macht, besteht darin, dass er nicht darauf geachtet, ob bei der Annahme des Geldes der Vertreter einen eigenen Willen entwickelt; denn das Geld kann dem „Vertreter“ zugehen, ohne dass er den Willen hat, es anzunehmen, z. B. weil er abwesend ist; er ist also nur Zustellungsbevollmächtigter, d. h. Bote; denn ihm fehlt der nach § 164 BGB. erforderliche Wille, für den Vertretenen zu handeln. Zeigt der Vertreter dagegen den Willen, das Geld für den Vertretenen anzunehmen, sei es stillschweigend, sei es durch ausdrückliche Empfangsbestätigung, so ist er allerdings wahrer Vertreter. Hier ist es aber dem Vertretenen unbenommen, seinerseits wirksam das Geld anzunehmen; denn darauf, dass er dies tun könne, hat er nicht verzichtet. Weist z. B. der Vertreter das Geld zurück, nimmt dagegen der Vertretene, der sich zufällig beim Vertreter aufhält, es an, so ist die Annahme

[1]) Vgl. oben S. 30 f.

wirksam erfolgt, der Vertretene ist nicht etwa in Annahmeverzug geraten; ein Annahmeverzug tritt auch dann nicht ein, wenn der Vertretene das Geld zwar annehmen will, es aber, obwohl er sich legitimiert, von dem Übermittler nicht erhält; hier ist vielmehr der Dritte (Hypothekenschuldner) im Leistungsverzuge. — Wie unrichtig das Resultat ist, das sich nach Zitelmanns und Hupkas Ansicht aus diesem Beispiele ergeben soll, erkennt man am besten an dem entgegengesetzten Vorgange, wenn der Vertretene sich dem Dritten gegenüber verpflichtet, dass ihm das Geld an einem bestimmten Orte von einem „Vertreter" gezahlt werde; das typische Beispiel ist der domizilierte Wechsel. Das Beispiel ist deswegen so geeignet, die Unrichtigkeit der gegnerischen Ansicht darzutun, weil hier stets ein Wille zur Zahlung des Geldes, d. h. ein wirklicher Vertreterwille erforderlich ist, während in dem anderen Falle nicht notwendig ein Wille zur Empfangnahme des Geldes vorhanden zu sein braucht. Bei der Vertretung in der Zahlung ist es aber zweifellos, dass der Vertretene, also beim domizilierten Wechsel der Acceptant bezw. Aussteller, in eigener Person am Platze des Domiziliaten das Geld entrichten darf, und dass das Geld nicht notwendig von dem Domiziliaten gezahlt zu werden braucht.

Soweit die Vollmacht unwiderruflich ist, bindet sie den Vertretenen; er ist nicht imstande, seinen Willen, aus dem vorzunehmenden Geschäfte unmittelbar berechtigt und verpflichtet zu werden, wirksam zu widerrufen, d. h. eine etwaige Willenserklärung, die Wirkungen des Vertretergeschäftes nicht auf sich zu nehmen, wäre rechtlich ohne Bedeutung.

Es ist nun streitig, ob diese Bedeutungslosigkeit der Widerrufungserklärung nur dem Vertreter oder auch dem Dritten gegenüber besteht. Die Entscheidung muss im Sinne der ersten Alternative erfolgen.[1]) In dem der Voll-

[1]) Lenel a. a. O., S. 36 ff.; Endemann Bd. I, S. 409; a. M. Isay S. 418 ff.; Entsch. d. Preuss. Oberverwaltungsgerichts, Bd. 42, S. 123.

machterteilung zugrundeliegenden Rechtsverhältnisse wird der Ausschluss des Widerrufes deswegen zwischen dem Vertreter und Vertretenen vereinbart, weil der Vertreter ein Interesse daran hat, unabhängig von einer späteren Änderung des Willens des Vertretenen das Rechtsgeschäft mit Wirkung für ihn vornehmen zu können. Während der Vertretene nun sonst den Widerruf dem Dritten gegenüber erklären kann, weil die Vollmachterteilung ohne Vertretergeschäft bedeutungslos und letzteres bis zu seiner Vornahme ein Internum zwischen ihm und dem Vertreter ist,[1]) das er beliebig verhindern kann, ist er bei Ausschluss des Widerrufes verpflichtet, die Vornahme des Vertretergeschäftes zu dulden. Der Grund, welcher in sonstigen Fällen dem Vertretenen den Widerruf der Vollmachterklärung gegenüber dem Dritten gestattet, fällt also hier fort; es wird zu fragen sein, ob aus anderen Gründen der Widerruf zulässig oder ob er ausgeschlossen ist. Überwiegende Gründe sprechen für die erstere Lösung. Zwar ist nicht zu verkennen, dass die Unwiderruflichkeit dadurch illusorisch gemacht werden kann, dass der Vertretene dem Dritten gegenüber widerruft, aber dies reicht nicht aus, um der Unwiderruflichkeit eine absolute Wirkung beizulegen. Dem Dritten, der das zwischen dem Vertretenen und Vertreter bestehende Rechtsverhältnis nicht kennt, kann nicht zugemutet werden, dass hieraus eine von dem Regelfalle abweichende Wirkungslosigkeit des ihm erklärten Widerrufes gegen ihn hergeleitet wird; er muss sich darauf verlassen können, dass die Vollmacht nicht zur Entstehung gelangen kann, wenn der Vertretene ihm gegenüber den Widerruf erklärt. Wenn der Vertreter sich vom Vertretenen die Unwiderruflichkeit der Vollmachterteilung ausbedingt und gleichwohl infolge des dem Dritten erklärten Widerrufes das Geschäft nicht mit Wirkung für und gegen den Vertretenen vornehmen kann, so hat er nur einen

[1]) Vgl. oben S. 30 f.

obligatorischen Anspruch auf Schadensersatz etc., wie dies gewöhnlich bei Vertragsverletzungen der Fall ist.

Hat der Vertretene nur an den Vertreter eine unwiderrufliche Vollmachterklärung gerichtet, so bleibt ihm noch übrig, eine solche Erklärung auch dem Dritten gegenüber abzugeben. Freilich ist in einer derartigen Erklärung an den Vertreter meist auch die Vollmachterklärung des Vertretenen an den Dritten enthalten, die der Vertreter dann übermitteln darf. Ist diese Übermittelungsbefugnis des Vertreters ausgeschlossen, so muss an ihre Stelle die Verpflichtung des Vertretenen treten, seinen Vollmachtswillen dem Dritten zu erklären. Fehlt das eine wie das andere, so behält sich der Vertretene auch nach der Erklärung an den Vertreter noch vor, ob er dem Dritten Vollmacht erteilen will; seine Erklärung an den Vertreter enthält dann überhaupt keine Vollmachterteilung. Hierhin sind die Fälle zu rechnen, in denen dem Vertreter zwar unwiderruflich gestattet wird, sich die Titulatur eines Bevollmächtigten beizulegen, er aber angewiesen wird, Dritten gegenüber nur dann den Bevollmächtigungswillen des Vertretenen kundzugeben, wenn ihm dies ausdrücklich gestattet wird. Hier liegt eine Vollmachterteilung erst dann vor, wenn dem Bevollmächtigten gestattet wird, die Erklärung des Vertretenen dem Dritten zu übermitteln. Vorher hat er nur einen unwiderruflichen Anspruch auf die Titulatur eines Bevollmächtigten und die etwa damit verbundenen Bezüge.

Darf der unwiderruflich bestellte Vertreter zwar die Vollmachterklärung des Vertretenen dem Dritten übermitteln, ist ihm dies aber aus tatsächlichen Gründen unmöglich, so kann er von dem Vertretenen weder verlangen, dass er die Vollmachterklärung direkt dem Dritten übermittele, noch dass er ihm, dem Vertreter, eine Vollmachtsurkunde aushändige. Denn der Vertretene hat sich nur verpflichtet, das Zustandekommen der Vollmacht und den Abschluss des Geschäftes mit unmittelbarer Wirksamkeit für ihn nicht zu verhindern, er hat sich aber nicht ver-

pflichtet, irgendwelche weiteren positiven Schritte zu tun, um die Vollmachterklärung dem Dritten gegenüber abzugeben und das Geschäft zustande zu bringen. Die unwiderrufliche Erklärung an den Vertreter ist also völlig illusorisch, solange die Erklärung an den Dritten nicht erfolgt.

Anders liegt der Fall, wenn der unwiderruflich zum Vertreter Bestellte die Vollmachterklärung dem Dritten übermittelt und ihm gegenüber ein Rechtsgeschäft vornehmen will, dieser sich aber weigert, mit dem Vertreter abzuschliessen, wenn er keine Vollmachtsurkunde beibringt. Hier kann der Vertreter vom Vertretenen Ausstellung einer Vollmachtsurkunde oder Abgabe einer direkten Erklärung an den Dritten verlangen. Denn der Vertretene, der einen Vertreter zur Vornahme eines Rechtsgeschäftes unwiderruflich ermächtigt, muss dem Vertreter gestatten, seinen Vollmachtswillen dem Dritten zu übermitteln, sofern er sich nicht verpflichtet, dies selbst zu tun; denn sonst liegt, wie oben dargelegt, eine unwiderrufliche Vollmachterklärung nicht vor. Gestattet aber der Vertretene dem Vertreter, seinen Vollmachtswillen zu übermitteln, so muss er ihm auch alles das gewähren, was erforderlich ist, um die Übermittlung wirksam werden zu lassen d. h. um das Vertretergeschäft zustande zu bringen. Hierzu gehört die Vorlegung einer Vollmachtsurkunde, wenn der Dritte sonst mit dem Vertreter das Geschäft nicht abschliessen will; der Vertretene muss also hier dem Vertreter eine Vollmachtsurkunde aushändigen.

Durch Gegenüberstellung der beiden zuletzt genannten Fälle ergibt sich folgendes: Übermittelt der unwiderruflich zum Vertreter Bestellte den Vollmachtswillen des Vertretenen nicht dem Dritten, so ist sein Recht aus der „Vollmacht“ illusorisch; tut er es aber, so kann er vom Vertretenen verlangen, dass er ihn in den Stand setze, den Willen ordnungsmässig zu übermitteln. Es besteht also ein wirkliches Recht des unwiderruflich bestellten Vertreters erst

dann, wenn er dem Dritten die Erklärung des Vertretenen übermittelt hat; verher ist der Vertretene nur verpflichtet, den Vertreter nicht an der Übermittlung der Erklärung zu hindern.

II. Was nun die anderen Gründe für das Erlöschen der Vollmacht anlangt, so kommt auch hier aus den gleichen Gründen wie beim Widerrufe nur ein Erlöschen der Vollmachterklärung des Vertretenen in Frage.

Es ist hier zu unterscheiden, ob der Vollmachterteilung ein Innenverhältnis zu Grunde liegt oder nicht. Im ersteren Falle bestimmt sich das Erlöschen der Vollmachterteilung nach dem des Innenverhältnisses, abgesehen von der S. 48 ff. erwähnten Ausnahme. Erlöschungsgrund ist also die Kündigung des Beauftragten (Gesellschafters), sofern sie zulässig ist (§§ 671, 723 BGB.).[1]) Erlöschungsgrund ist ferner im Zweifel der Tod des Beauftragten (§§ 674, 675, 727 BGB.), dagegen im Zweifel nicht der Tod oder der Eintritt der Geschäftsunfähigkeit des Auftraggebers (§§ 672, 775 BGB.). Die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Auftraggebers bringt ebenfalls das Innenverhältnis und die Vollmachterteilung zum Erlöschen, wenn sich der Auftrag etc. auf das zur Konkursmasse gehörige Vermögen bezieht (§ 23 KO); ebenso endigt die Vollmacht bei der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters (§ 728 BGB.). Dagegen ist es für das Bestehen der Vollmachterteilung unerheblich, dass der Beauftragte in Konkurs fällt.

Liegt der Vollmachterteilung kein Rechtsverhältnis zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter zu Grunde, so ist der mangelnde Wille des Vertreters, für den Vertretenen zu handeln, oder ein sonstiges in seiner Person

[1]) Für den Geschäftsbesorgungsvertrag kommen dagegen die Grundsätze des Dienst- und Werkvertrages (§§ 621 ff, 643 BGB.) zur Anwendung, bei welchem ein viel beschränkteres Kündigungsrecht als beim Auftrage besteht. Dass diese Grundsätze beim Geschäftsversorgungsvertrage zur Anwendung gelangen, ergibt sich aus der Nichterwähnung des § 671 in § 675 BGB.

eintretendes Hindernis (Tod, Eintritt der Geschäftsunfähigkeit) für das Fortbestehen der Vollmachterteilung unerheblich. Denn die einzige Voraussetzung für das Entstehen und das Bestehen der Vollmachterklärung des Vertretenen bildet dessen Wille, durch das Vertretergeschäft berechtigt und verpflichtet zu werden; ein Hindernis in der Person des Vertreters bewirkt nur, dass der Vertreter nicht seinerseits eine Vollmachterklärung abgibt, sie vermag aber nicht die Vollmachterklärung des Vertretenen zum Erlöschen zu bringen. Indirekt wird freilich meist das gleiche Ergebnis erzielt; denn in der Mehrzahl der Fälle wird auch der Wille des Vertretenen fortfallen, wenn er sieht, dass die Vollmacht nicht zur Entstehung gelangen kann. Doch sind auch Ausnahmen denkbar, z. B. wenn der Vertretene hofft, dass der Vertreter seinen Willen ändert oder dass das über diesen verhängte Entmündigungsverfahren aufgehoben werde, oder endlich, wenn der Vertretene für den Fall des Todes des Vertreters die Vollmachterklärung an dessen Erben gerichtet wissen will.

Dagegen bringt der Tod des Vollmachtsgebers die Vollmachterteilung stets zum Erlöschen, wenn kein Rechtsverhältnis zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter besteht.[1]) Dies ergibt sich daraus, dass zur Zeit des Todes das Rechtsgeschäft dem Dritten gegenüber noch nicht vorgenommen worden war; selbst wenn nun der Verteter mit der Vornahme des Geschäftes bereits betraut war, so war dies nur ein Internum zwischen dem Vertretenen und Vertreter; ein rechtsgeschäftlicher Antrag lag erst bei Vornahme des Geschäftes, also nach dem Tode des Vertretenen vor; ein Rechtsgeschäft kann aber nicht vorgenommen werden, wenn zur Zeit der Abgabe der Willenserklärung der betreffende Kontrahent bereits verstorben ist. Da nun der Vertreter nach dem Tode des Vertretenen kein Rechtsgeschäft mit Wirkung für ihn vornehmen kann, so muss

[1]) Ebenso Neumann, Jahrbuch, I. Jahrgang, S. 110.

auch die Vollmachterklärung des Vertretenen mit dessen Tode endigen; denn da die Vollmacht nur Rechtswirkungen hervorbringt, wenn ein Rechtsgeschäft vorgenommen wird, so hat der Vertretene kein Interesse daran, seine Erklärung für eine Zeit aufrecht zu erhalten, wo sie obsolet ist. Der Wille des Vertretenen ist daher stets darauf gerichtet, dass die Vollmachterklärung mit dem Zeitpunkte seines Todes endigt.

Aus den gleichen Gründen erlischt die Vollmachterklärung bei Eintritt der Geschäftsunfähigkeit des Vertretenen.[1])

§ 8. Das Fortbestehen der erloschenen Vollmachterteilung.

I. Die Vollmachterteilung erlischt ipso iure, sobald ein Erlöschungsgrund vorliegt; doch besteht sie in einigen Fällen dem Dritten und dem Vertreter gegenüber fort, wenn diese ihr Erlöschen weder kannten noch kennen mussten. Denn da bei Hinfälligkeit der Vollmachterklärung des Vertretenen die Vollmacht nicht zur Entstehung gelangen kann, so haben der Vertreter und der Dritte ein rechtliches Interesse daran, nicht durch den Abschluss eines Geschäftes geschädigt zu werden, welches sie in berechtigtem Vertrauen auf das Bestehen der Vollmachterteilung vorgenommen haben.

Ein derartiges rechtliches Interesse liegt beim Dritten weit häufiger vor als beim Vertreter; denn das Nichtbestehen der Vollmachterteilung hat für den Dritten die Wirkung, dass er nicht den Vertretenen, sondern nur den Vertreter, der möglicherweise weniger zahlungsfähig ist, in Anspruch nehmen kann. Es ist für ihn daher in allen Fällen wichtig zu wissen, ob die Vollmacht besteht oder nicht. Damit er nun gegen ein Nichtbestehen der Vollmacht gesichert ist, muss das Gesetz vorschreiben, dass ihm gegenüber die erloschene Vollmachterteilung in Kraft

[1]) Ebenso Hölder, Allg. Teil, S. 364; a. M. Hupka, S. 384 f.

bleibt, bis ihm das Erlöschen auf gleiche Weise mitgeteilt wird, wie seinerzeit die Vollmachterklärung an ihn gelangt ist; eine Ausnahme muss dann bestehen, wenn er das Erlöschen kannte oder kennen musste.

Der Dritte hat auch dann ein Interesse daran, den Fortfall des Vollmachtwillens des Vertretenen zu erfahren, wenn der Vollmachtwille zwar noch nicht dem Vertreter, aber bereits ihm selbst gegenüber erklärt worden ist. Denn die Erklärung an ihn enthält meist auch die Erlaubnis, dass er den Willen des Vertretenen dem Vertreter übermitteln darf. Tut er dies und schliesst er mit dem Vertreter dann ein Geschäft ab, während inzwischen der Vollmachtwille des Vertretenen fortgefallen ist, so kann er sich nur an den Vertreter und nicht an den Vertretenen halten, da die Vollmacht nicht zur Entstehung gelangt ist; um den Dritten gegen diese Eventualität zu sichern, muss die Vollmacht als ihm gegenüber erteilt gelten, ausser wenn ihm der Fortfall des Vollmachtswillens des Vertretenen mitgeteilt war oder er ihm bekannt war oder bekannt sein musste. — War dem Dritten dagegen untersagt worden, den Vollmachtswillen des Vertretenen dem Vertreter zu übermitteln, so ist die an ihn gerichtete Erklärung des Vertretenen bedeutungslos, solange der Vertretene nicht direkt seinen Willen dem Vertreter gegenüber erklärt hat. Fällt daher der Vollmachtswille des Vertretenen fort, so kann eine Vollmacht nicht zustande kommen, da es an einer Erklärung des Vertretenen an den Vertreter fehlt. Eine solche, die der Dritte dem Vertreter mitteilen würde, wäre unwirksam, da ihm die Übermittelungsbefugnis fehlt. Hier hat daher der Dritte nicht das schutzwürdige Interesse, dass ihm gegenüber der Vollmachtswille des Vertretenen in Kraft bleibe, wenn ihm sein Fortfall weder mitgeteilt noch sonstwie bekannt war oder bekannt sein musste.

Der Dritte hat also ein schutzwürdiges Interesse an dem Fortbestehen der Vollmachterteilung, wenn ihm die Vollmachterklärung zugegangen ist.

Etwas Besonderes gilt in denjenigen Fällen, in welchen die Vollmachterklärung des Vertretenen durch die Übermittelung des Vertreters an den Dritten gelangt ist. Hier entsteht die Vollmacht und damit ein schutzwürdiges Interesse des Dritten nur dann, wenn der Vertreter bei Abgabe dieser Erklärung den Willen des Vertretenen richtig übermittelt. Der Dritte kontrahiert hier mit dem Vertreter im Vertrauen darauf, dass die von diesem angegebene Tatsache, der Vertretene habe ihm, dem Vertreter, seinen Vollmachtswillen erklärt und ihm gestattet, dies dem Dritten mitzuteilen, auf Wahrheit beruhe. Entspricht die Angabe nicht der Wahrheit, so kann sich der Dritte nur an den Vertreter halten, der die Vorgänge unrichtig wiedergeben hat. Haben sie sich dagegen in der Weise zugetragen, wie der Vertreter sie angegeben hat, so kann der Dritte annehmen, dass der Vertretene aus dem Geschäfte berechtigt und verpflichtet werden will. Ist nun die Wiedergabe durch den Vertreter auf Grund des Willens des Vertretenen erfolgt, so steht sie einer direkten Erklärung des Vertretenen an den Dritten durchaus gleich. Dass der Vertretene die Wiedergabe seiner Erklärung durch den Vertreter wünscht, wird dann stets anzunehmen sein, wenn er dies nicht ausdrücklich untersagt hat oder dem Dritten eine besondere Erklärung abgibt; denn er kann aus dem Vertretergeschäfte nur dann unmittelbar berechtigt und verpflichtet werden, wenn der Dritte seinen Vollmachtswillen kennt; er kennt ihn aber nur dann, wenn der Vertretene ihm eine Mitteilung davon macht, sei es direkt, sei es durch den Vertreter.[1])

Eine unrichtige Wiedergabe der Vorgänge durch den Vertreter liegt insbesondere dann vor, wenn der Vertretene dem Vertreter nur die Befugnis erteilt, in eigenem Namen mit dem Dritten Geschäfte abzuschliessen, der Vertreter aber gleichwohl in fremdem Namen handelt. Hier kann

[1]) Dass in letzterem Falle der Vertreter nur Bote für die Übermittelung der Erklärung ist, legt schon Lenel, S. 16 ff., dar.

der Dritte, auch wenn er in gutem Glauben ist, nicht den Vertretenen, sondern nur den Vertreter aus § 179 BGB. in Anspruch nehmen (ROH. Bd. 22, S. 25; Staub § 383, Anm. 14).

Eine unrichtige Wiedergabe seitens des Vertreters liegt auch dann vor, wenn er die ihm vom Vertretenen gemachte Erklärung in unrichtiger oder unvollständiger Weise übermittelt, insbesondere wenn er eine Einschränkung der Vollmachterklärung nicht mitteilt. Der Vertreter hat dem Dritten alles mitzuteilen, was sich auf die Vollmachterklärung des Vertretenen bezieht. Daher hat er auch anzugeben, wenn ihm der Vertretene die Vollmachterklärung nur unter einer Bedingung abgegeben hat z. B, dass er nur im Notfalle von der Befugnis Gebrauch machen solle. Schliesst der Vertreter ein Geschäft mit dem Dritten ab, ohne dass die Bedingung für das Bestehen der Vollmacht vorliegt, so handelt er als Vertreter ohne Vertretungsmacht. Den Vertretenen kann der Dritte auch dann nicht in Anspruch nehmen, wenn er die Bedingtheit der Vollmachterklärung weder kannte noch kennen musste.

Ist die Erklärung des Vertretenen in der vom Vertreter wiedergegebenen Weise erfolgt, ist sie aber späterhin eingeschränkt oder widerrufen worden, so ist ihre Wiedergabe nur dann unrichtig, wenn der Vertreter ihre nachträgliche Abänderung oder ihren Widerruf kennt. Ein Kennenmüssen steht hier dem Kennen nicht gleich. Denn die Wiedergabe des Vertreters ist nur dann unrichtig, wenn er das, was er von Erklärungen des Vertretenen weiss, garnicht oder falsch mitteilt. Etwas, was ihm unbekannt ist, kann der Vertreter aber überhaupt nicht wiedergeben; daher liegt hier keine Unrichtigkeit der Wiedergabe, sondern ein verschuldeter oder unverschuldeter Mangel der Kenntnisnahme vor. Denn der Dritte vertraut nur darauf, dass der Vertreter die ihm zur Kenntnis gekommenen Erklärungen des Vertretenen richtig wiedergibt, nicht aber darauf, dass der Vertreter alle Erklärungen des Vertretenen kenne.

Ist also die Erklärung an den Dritten durch Übermittelung des Vertreters gelangt, so besteht der Wille des Vertretenen auch dann trotz seines Erlöschens gegenüber dem Dritten fort, wenn der Vertreter in Unkenntnis des Erlöschens die Vollmachterklärung dem Dritten übermittelt hat. Hat der Vertreter dagegen bei Übermittelung der Vollmachterklärung das Erlöschen gekannt, so hat er den bereits wieder erloschenen Willen des Vertretenen unrichtig wiedergegeben; in diesem Falle ist Vollmacht überhaupt nicht erteilt.

Hat der Dritte nicht genügend Vertrauen zu dem Vertreter, um diesem zu glauben, dass die von ihm berichtete Erklärung des Vertretenen der Wahrheit entspreche, so kann er den Abschluss des Geschäftes davon abhängig machen, dass ihm der Vertreter eine vom Vertretenen ausgestellte Vollmachtsurkunde vorlege; bei dem vom Vertreter einseitig vorgenommenen Rechtsgeschäfte, das einer Mitwirkung des Dritten nicht bedarf, kann dieser die Willenserklärung zurückweisen, wenn der Vertreter keine Vollmachtsurkunde vorlegt und der Vertretene ihm, dem Dritten, keine direkte Vollmachterklärung abgegeben hat (§ 174 BGB.). Die Vollmachtsurkunde bewirkt die Übermittlung der vom Vertretenen abgegebenen Erklärungen; sie tut dies aber nicht selbständig, sondern unterstützt nur die Wiedergabe des Willens des Vertretenen durch den Vertreter; für das Vorhandensein dieses Willens erbringt sie vollen Beweis. Sie ist also kein Konstitutiv-, sondern nur eine Beweisurkunde. Da sie nur zur Unterstützung der Übermittlung des Willens, nicht etwa zur Unterstützung des Willens selbst dient, so ist sie von der Person des Vertreters, der die Übermittlung des Willens vornimmt, untrennbar; sie muss ihm vom Vertretenen ausgehändigt und von ihm dem Dritten vorgelegt werden (§ 172 Abs. 1 BGB.). Fehlt eines dieser beiden Momente, so hat eine Unterstützung der Übermittlung des Willens des Vertretenen durch Vollmachtsurkunde nicht stattgefunden. Insbesondere genügt es nicht, wenn der

Vertreter auf die in seinen Händen befindliche Urkunde lediglich Bezug nimmt.[1])

Die Bekräftigung der Mitteilung des Vertreters durch Vorlegung einer Vollmachtsurkunde bewirkt, dass die mit der Urkunde übereinstimmende Angabe des Vertreters als richtig gilt, es sei denn, dass der Dritte ihre Unrichtigkeit kannte oder kennen musste. Der Dritte kann hierauf den Vertretenen aus dem Geschäfte in Anspruch nehmen, selbst wenn der Inhalt der Vollmachtsurkunde, d. h. die Wiedergabe der Erklärung des Vertretenen, unrichtig war; etwas anderes muss nur dann gelten, wenn dem Dritten die Unrichtigkeit der Darstellung bekannt war oder bekannt sein musste.

Wir gelangen also zu folgendem Ergebnisse: Ein schutzwürdiges Interesse des Dritten ist vorhanden, wenn ihm der Vertretene seinen Vollmachtswillen unmittelbar oder mittelbar kundgibt; erfolgt die Erklärung nur mittelbar durch Wiedergabe seitens des Vertreters, so liegt ein schutzwürdiges Interesse nur dann vor, wenn die Vollmachterklärung richtig übermittelt ist; für die Richtigkeit der Übermittlung erbringt die vom Vertretenen dem Vertretenen ausgehändigte und von diesem dem Dritten vorgelegte Vollmachtsurkunde vollen Beweis. Ein schutzwürdiges Interesse des Dritten liegt dann nicht vor, wenn zwar die Vollmachterklärung ordnungsmässig abgegeben ist, der Dritte aber bei Abschluss des Geschäftes den Mangel der Vertretungsmacht kannte oder kennen musste.

Das Interesse des Vertreters gegen einen Fortfall des Vollmachtswillens des Vertretenen ist weit geringer als das des Dritten. Denn für ihn ist es gleichgültig, ob das von ihm vorzunehmende Vertretergeschäft Rechtswirkungen zwischen dem Vertretenen und dem Dritten erzeugt;[2]) er muss sich

[1]) So mit Recht RG. Bd. 56 S. 63.

[2]) Ein etwaiges Interesses des Vertreters an dem Zustandekommen des Geschäftes (Abschlussprovision) ist nur für das Innenverhältnis von Bedeutung.

nur dagegen sichern, dass er nicht selbst aus dem Geschäfte als Vertreter ohne Vertretungsmacht in Anspruch genommen werden kann. Im übrigen hat er nur ein Interesse an dem Fortbestehen des zwischen ihm und dem Vertretenen bestehenden Rechtsverhältnisses, dass er auf Grund desselben den Ersatz seiner Auslagen und die vereinbarte Vergütung für die Geschäftsbesorgung erhalten kann.

Der Vertreter kann nun gemäss § 179 BGB. nur dann als Vertreter ohne Vertretungsmacht aus dem Geschäfte in Anspruch genommen werden, wenn die Vertretungmacht nicht bestand und der Dritte dies weder kannte noch kennen musste. Für das Bestehen der Vertretungsmacht genügt es, dass sie dem Dritten gegenüber fortbesteht, da er in diesem Falle den Vertretenen aus dem Geschäfte in Anspruch nehmen kann.

Ein Schutz des Vertreters kann mithin nur dann eintreten, wenn

1. die Vollmachterteilung erloschen ist,
2. der Dritte ihr Erlöschen weder kannte noch kennen musste,
3. die Vollmachterteilung nicht zugunsten des Dritten fortbesteht.

Hieran interessiert uns besonders die dritte Voraussetzung, dass ein Schutz des Vertreters nur dann erforderlich ist, wenn ein schutzwürdiges Interesse des gutgläubigen Dritten nicht besteht. Wir entnehmen hieraus den wichtigen Satz, dass die Vorschriften zum Schutze des Vertreters nur akzessorisch zu den für den Dritten aufgestellten Bestimmungen sein dürfen.[1])

---

[1]) Dieser Grundsatz ist am schärfsten im ALR. und im Östr. BGB. durchgeführt, welche überhaupt keine Schutzvorschriften für den gutgläubigen Vertreter haben, da dieser durch die Bestimmungen zugunsten des Dritten durchaus gedeckt ist. Gleiches gilt nach geltendem Rechte für die Prozessvollmacht; nach § 87 Abs. 1 CPO. erlangt die „Kündigung des Vollmachtsvertrages“ (richtiger: Erlöschen der Vollmachterteilung durch Widerruf) erst durch die Anzeige des Erlöschens der Vollmacht, in Anwaltsprozessen

Die Vollmachterteilung besteht nun in allen denjenigen Fällen dem Dritten gegenüber fort, in denen der Fortfall dem Dritten weder mitgeteilt wurde noch ihm sonstwie bekannt war oder bekannt sein musste. Da nun auch in denjenigen Fällen die Anwendung des § 179 BGB. ausgeschlossen ist, in denen der Mangel der Vertretungsmacht dem Dritten bekannt war oder bekannt sein musste, so bleiben für seine Anwendung höchstens die Fälle übrig, in denen die Erklärung vom Fortfalle der Vollmachterteilung zwar dem Dritten zugegangen war, er sie aber gleichwohl weder kannte noch kennen musste. Diese Fälle sind, wenn sie überhaupt vorkommen, sehr selten; denn eine Erklärung geht nur dann zu, wenn den Umständen nach unter Berücksichtigung der Verkehrssitte anzunehmen ist, dass der Empfänger in der Lage ist, sie kennen zu lernen. Eine Nichtkenntnis beruht daher fast durchweg auf Fahrlässigkeit; nur wenn besondere Fälle eintreten, die ihn an der Kenntnisnahme der Erklärung hindern, liegt ein Verschulden nicht vor.[1])

II. Diese Gedanken sind grossenteils auch im BGB. zum Ausdrucke gekommen, doch finden sich einige bemerkenswerte Abweichungen.[2]) Was zunächst den Schutz des Dritten beim Erlöschen der Vollmachterteilung anlangt, so ist er auch vom Gesetze von der Voraussetzung abhängig gemacht worden, dass der Dritte den Fortfall der Vertretungsmacht

---

erst durch die Anzeige der Bestellung eines anderen Anwaltes rechtliche Wirksamkeit. Die Prozessvollmacht bleibt also dem Gegner gegenüber bestehen, bis ihm das Erlöschen bezw. die Bestellung eines anderen Anwaltes angezeigt wird. Eine Ausnahme gilt nicht einmal dann, wenn er das Erlöschen kannte oder kennen musste; doch wird im Falle der Kenntnis eine exceptio doli generalis bezw. ein Schadensersatzanspruch aus § 826 BBG. durchgreifen.

[1]) Selbst für diese Fälle ist wegen ihrer grossen Seltenheit eine Regelung entbehrlich, sodass eine Schutzvorschrift für den Vertreter überhaupt nicht erforderlich erscheint.

[2]) Mit der Regelung des BGB. durchaus einverstanden erklärt sich Hupka, S. 416 ff.

weder kannte noch kennen musste (§ 173 BGB.). Im übrigen unterscheidet das Gesetz, ob der Vertretene seinen Vollmachtswillen zuerst dem Dritten gegenüber erklärt hat oder ob er erst die zweite Erklärung an den Dritten gerichtet hat, nachdem er bereits vorher dem Vertreter gegenüber die Erklärung abgegeben hat. Im ersteren Falle „bleibt die Vollmachtserklärung dem Dritten gegenüber in Kraft, bis ihm das Erlöschen von dem Vollmachtgeber angezeigt wird“ (§ 170 BGB.). Im zweiten Falle bleibt die Vertretungsmacht bestehen, bis die Kundgebung „in derselben Weise, wie sie erfolgt ist, widerrufen wird;“ Voraussetzung ist, dass „der Vollmachtgeber durch besondere Mitteilung an einen Dritten oder durch öffentliche Bekanntmachung kundgegeben hat, dass er einen anderen bevollmächtigt habe“ (§ 171 BGB.); ebenso bleibt die Vertretungsmacht bestehen, „wenn der Vollmachtgeber dem Vertreter eine Vollmachtsurkunde ausgehändigt hat und der Vertreter sie dem Dritten vorlegt, bis die Vollmachtsurkunde dem Vollmachtgeber zurückgegeben oder für kraftlos erklärt wird“ (§ 172 BGB.)

Diese Vorschriften haben eine interessante Entstehungsgeschichte. Der Erste Entwurf zum BGB., welcher die Ansicht vertrat, dass die Vollmacht durch Erklärung gegenüber dem Vertreter erteilt werde (§ 118), enthielt nur eine Bestimmung, welche den gutgläubigen Dritten schützte, dem die Bevollmächtigung durch besondere Mitteilung oder öffentliche Bekanntmachung kundgegeben war. Da nun aber die zweite Kommission annahm, dass die Vollmacht nicht nur gegenüber dem Vertreter, sondern auch gegenüber dem Dritten erteilt werde (vgl. oben S. 35 ff.), so wollte sie auch unterscheiden zwischen den Fällen, in denen die Vollmacht durch Erklärung an den Dritten erteilt wurde, und den Fällen, in denen die dem Vertreter gegenüber erteilte Vollmacht dem Dritten gegenüber kundgegeben wurde. Diese Unterscheidung wurde dann durchgeführt in § 170 BGB. auf der einen und §§ 171, 172 BGB. auf der

anderen Seite (Prot. II Bd. 1 S. 147 ff.) — Dass die zweite Kommission die in § 120 E. I. getroffene Vorschrift in zwei selbständige Bestimmungen zerlegt hat, ist zu billigen, das von ihr angenommene Unterscheidungsmerkmal ist aber unrichtig. Denn wenn der Vertretene die Vollmachterklärung zuerst gegenüber dem Dritten abgibt, sodass § 170 BGB. Anwendung findet, und hierauf dem Vertreter eine Mitteilung zugehen lässt, so hat dies dieselbe Bedeutung, als wenn er zuerst eine Erklärung dem Vertreter und alsdann eine solche dem Dritten abgibt. Zwischen beiden Vorgängen eine Unterscheidung zu machen, ist auch nach der herrschenden Meinnng nicht angängig, da eine Erteilung der Vollmacht ebensowohl gegenüber dem Vertreter wie gegenüber dem Dritten erfolgen kann. Ein Unterschied in der Mitteilung aus § 170 und § 171 BGB. besteht vielmehr nur dann, wenn der Erklärung des Vertretenen an den Dritten keine solche an den Vertreter folgt; denn in diesem Falle erhält der Vertreter keine Nachrichten von dem Vollmachtswillen des Vertretenen, während dies in allen übrigen Fällen geschieht. Diese Gruppierung würde sich mit der am Beginn des Paragraphen vorgenommenen decken, welche als Unterscheidungsmerkmal die Entstehung der Vollmachterteilung ansah; denn wenn dem Vertreter gegenüber der Vollmachtswille des Vertretenen nicht erklärt worden ist, so ist nach unserer Auffassung eine Vollmachterteilung nicht entstanden, und es ist zu unterscheiden, ob der gutgläubige Dritte gegen das Erlöschen oder das Nichtzustandekommen der Vollmachterteilung geschützt werden soll. Die gleiche Unterscheidung hat wohl auch der zweiten Kommission vorgeschwebt, als sie die Bestimmung des § 120 E. I. in die Vorschriften des § 170 und der §§ 171, 172 BGB. zerlegte. Doch wird man de lege lata annehmen müssen, dass § 170 BGB. auch dann anwendbar ist, wenn der Vertretene nach erfolgter Erklärung an den Dritten noch eine weitere Erklärung an den Vertreter abgibt. Praktisch ist es allerdings bedeutungslos, ob dieser Fall unter

§ 170 oder § 171 BGB. zu subsumieren ist, da der Schutz des Dritten in beiden Fällen der gleiche ist.

Von erheblicher Wichtigkeit ist es dagegen, dass das Gesetz nur dann den gutgläubigen Dritten schützt, wenn ihm die Bevollmächtigung „durch besondere Mitteilung oder durch öffentliche Bekanntmachung“ (§ 171 BGB.) kundgegeben ist. Fehlt es an einer unmittelbaren Kundgebung des Vertretenen, ist vielmehr die Mitteilung von der Bevollmächtigung durch den Vertreter erfolgt, so tritt der Schutz nur dann ein, „wenn der Vertretene dem Vertreter eine Vollmachtsurkunde ausgehändigt hat und dieser sie dem Dritten vorlegt“ (§ 172 Abs. 1 BGB.). Aber auch hier wird der gutgläubige Dritte nur so lange gesichert, „bis die Vollmachtsurkunde dem Vollmachtgeber zurückgegeben oder für kraftlos erklärt wird“ (§ 172 Abs. 2 BGB.).

Ein Schutz des Dritten erfolgt also in denjenigen Fällen nicht, in denen die Vollmachterklärung durch Vermittlung des Vertreters an den Dritten gelangt.[1]) Das Gesetz stellt sich damit auf den Standpunkt, dass hier der Vertretene überhaupt keine Erklärung an den Dritten abgibt;[2]) wäre dies der Fall, so hätte der Dritte allerdings

---

[1]) Im Gegensatz zu der Regelung des BGB. ist in allen sonstigen Gesetzgebungen, unserer Ansicht entsprechend, die durch Übermittelung des Vertreters erfolgte Vollmachterklärung der besonderen Erklärung des Vertretenen an den Dritten gleichgestellt worden. (Sächs. GB. § 1327; Zürich GB. § 1184; Art. 41 d. Schweiz. Ges. über das Obligationenrecht; Art. 2009 C. C.; Österr. BGB. § 1026; ALR. I, 13, §§ 167, 168, 200; § 87 Abs. 1 CPO.)

[2]) Die Motive I, S. 236 f. sagen hierüber: „Die Geneigtheit der Gesetzgebungen, den Vollmachtgeber auch in solchen Fällen zugunsten des Dritten, der das Erlöschen der Vollmacht weder kannte noch kennen musste, zu binden, hat nur eine beschränkte Berechtigung. Der Schutz des guten Glaubens ist kein allgemeines Rechtsprinzip, sondern eine Ausnahme von den allgemeinen Grundsätzen, die nur insoweit gerechtfertigt ist, als sie durch dringende Gründe praktischer Zweckmässigkeit geboten wird. Anlass, dem Dritten zu Hülfe zu kommen, liegt nur vor, wenn er für sein Vertrauen auf den Fortbestand der Vollmacht einen besonderen Anhalt hatte. Ein derartiger Anhalt ist geboten, wenn die Erteilung der Vollmacht an den

kein rechtliches Interesse daran, auf Grund dieser Erklärung den Vertretenen unmittelbar aus dem Geschäfte in Anspruch nehmen zu können. Die vom Gesetze angenommene Voraussetzung ist aber unzutreffend. Denn, wie oben dargelegt, muss der Vertretene den Dritten von seinem Vollmachtswillen in Kenntnis setzen, damit die unmittelbare Wirksamkeit des Vertretergeschäftes für und gegen ihn eintrete.[1]) Mit Recht hat daher auch das ROHG. Bd. 22 S. 25 angenommen, dass eine Vollmacht nicht erteilt sei, wenn es an einer solchen Erklärnng fehle; der Vertretene, welcher den Willen hat, dass der Vertreter in eigenem Namen handle, kann, wenn der Vertreter im Namen des Vertretenen das Geschäft abgeschlossen hat, nicht in Anspruch genommen werden, obgleich er doch dem Vertreter erklärt hat, dass er die Folgen des Geschäftes übernehmen werde; denn es fehlt der Wille des Vertretenen, nach aussen hin, d. h. dem Dritten gegenüber, zu erklären, dass er aus dem Geschäfte berechtigt und verpflichtet werden solle.

Nach dem Standpunkte des Gesetzes findet also ein Fortbestehen bzw. ein Entstehen der Vollmachterteilung dem gutgläubigen Dritten gegenüber nicht statt, wenn ihm der Vollmachtswille des Vertretenen von dem Vertreter ohne Vorlegung einer Vollmachtsurkunde mitgeteilt ist.

Bevollmächtigten dem Dritten durch den Vollmachtgeber besonders kundgegeben ist, sonst nicht. Der Umstand, dass dem Bevollmächtigten eine bestimmte Person als Kontrahent bezeichnet war, oder der Vollmachtgeber Kenntnis davon hatte, dass der Bevollmächtigte mit einer bestimmten Person in Verhandlung getreten war, reicht allein nicht hin, dem Vollmachtgeber eine Benachrichtigungspflicht unter dem Rechtsnachteil der ferneren Bindung aufzuerlegen."

[1]) Selbst die Gegner nehmen an, dass einer besonderen Mitteilung die sich aus konkludenten Handlungen ergebende Zustimmung des Vertretenen zu dem Vertretergeschäfte gleichstehe (Hupka, S. 424; vgl. auch § 55 HGB; RG. Bd. 43, S. 188); sieht man aber in einer derartigen konkludenten Handlung z. B. in der Einsetzung eines Handlungsgehilfen, eine Erklärung des Vertretenen an den Dritten, so muss dies noch viel mehr gelten, wenn der Vertretene dem Vertreter seinen Vollmachtswillen ausdrücklich erklärt.

Hiernach ist die Vorlegung der Vollmachtsurkunde ein selbständiger (konstitutiver) Rechtsakt, welcher unabhängig von dem, was etwa der Vertreter sagt, dem gutgläubigen Dritten gegenüber die Vollmachterklärung fortbestehen lässt, auch wenn sie inzwischen erloschen ist.[1])

Nach der Auffassung des Gesetzes wird also ein Schutz gegen das Erlöschen der Vollmachterteilung dem Dritten nicht durch die Übermittlung einer Willenserklärung des Vertretenen verliehen, sondern durch die Aushändigung der Urkunde an den Vertreter und durch ihre Vorlegung an den Dritten. Fällt eine dieser beiden Voraussetzungen, Aushändigung oder Vorlegung, fort, so kann durch die Vollmachtsurkunde kein Schutz herbeigeführt werden. Hieraus folgt, dass ein Fortbestehen der Vollmachterteilung dem Dritten gegenüber nicht stattfindet, wenn die Urkunde vor Ausführung des Vertretergeschäftes dem Vertretenen zurückgegeben oder für kraftlos erklärt wird; unerheblich ist, ob die Urkunde während der Zeit ihrer Gültigkeit dem Dritten vorgelegt worden ist. Der Dritte, der sich nicht jedesmal bei Ausführung des Geschäftes die Vollmachtsurkunde vorlegen lässt, trägt also selbst die Gefahr, wenn die Urkunde in der Zeit seit der letzten Vorlegung zurückgegeben oder für kraftlos erklärt worden ist.

Da wir in Übereinstimmung mit den sonstigen gesetzlichen Regelungen in der Vorlegung der Vollmachtsurkunde nur eine die Vollmachterklärung des Vertretenen deklarierende Mitteilung sehen, so kamen wir zum Resultate, dass die durch Vollmachtsurkunde angezeigte Erklärung des Vertretenen bestehen bleibt, bis der Dritte vom Erlöschen der Erklärung benachrichtigt wird. Ein dahingehender Antrag ist auch bei der zweiten Lesung des Entwurfes des BGB. für den Fall der Rückgabe der Voll-

[1]) Die Vollmachterklärung gilt hier nicht etwa nur als fortbestehend, sondern sie besteht tatsächlich fort, und zwar nicht nur zu Gunsten, sondern auch zu Ungunsten des gutgläubigen Dritten. Dies ergibt der Wortlaut des § 172 in Verbindung mit § 171 BGB. im Gegensatze zu § 169 BGB.

machtsurkunde an den Vertretenen (nicht für den Fall der Kraftloserklärung) gestellt, aber von der Mehrheit der Kommission abgelehnt worden (Prot. II, Bd. 1, S. 147 ff.). Dies wurde damit begründet, dass der Vollmachtgeber häufig gar nicht in der Lage sei, alle Personen zu kennen, denen gegenüber die Vollmacht erklärt sei (S. 149). Die Abgabe einer Erklärung an einen unbestimmten Kreis von Personen entbindet den Erklärenden aber nicht von der Verpflichtung, den Widerruf der Erklärung in derselben, den Erklärungsempfängern erkennbaren Weise abzugeben wie die Erklärung selbst. Dies ist für die öffentliche Bekanntmachung in einer Reihe von Vorschriften bestimmt (§ 171 Abs. 2, § 658 Abs. 1 RGB., § 182 Abs. 3 HGB.). Der Vertretene muss nach allgemeinen Grundsätzen selbst dafür einstehen, wenn ihm eine derartige Widerrufserklärung nicht möglich ist, weil er selbst die Urkunde dem Vertreter zur Vorlegung an eine beliebige Anzahl Personen ausgehändigt hat und der Vertreter die Personen, denen er die Urkunde vorgelegt hat, nicht angeben kann oder nicht angeben will. Die Regelung des Gesetzes hat auch praktisch den Nachteil, dass der Dritte sich jedesmal bei Vornahme eines Geschäftes die Urkunde vorlegen lassen muss, um gegen das Erlöschen der Vollmacht gesichert zu sein.

Nach unserer Ansicht bleibt die Vollmachterteilung auch dann dem gutgläubigen Dritten gegenüber bestehen, wenn sie nach der durch den Vertreter an den Dritten erfolgten Übermittlung, aber vor Abschluss des Geschäftes erlischt. Dies folgt aus den oben entwickelten Sätzen, dass die Vollmachterklärung nicht dem Dritten gegenüber erlischt, wenn die Vollmachtsurkunde nach erfolgter Vorlegung dem Vertretenen zurückgegeben wird, und dass die blosse Mitteilung des Vertreters an den Dritten, sofern sie die Vorgänge richtig wiedergibt, der Vorlegung einer Vollmachtsurkunde gleichsteht. Das Gesetz trifft dagegen, abweichend von den früher geltenden Vorschriften, die entgegengesetzte Bestimmung.

Der Mangel an Schutzvorschriften für den gutgläubigen Dritten wird dadurch teilweise wieder wett gemacht, dass das Gesetz sie in veränderter Form für den gutgläubigen Vertreter aufstellt, an den sich der Dritte sonst halten könnte, wenn die Vollmachterteilung nicht fortbesteht und er ihr Erlöschen weder kannte noch kennen musste. Dieser Gedankengang des Gesetzes, das als Vorschriften zum Schutze des Vertreters solche Bestimmungen bezeichnet, die eigentlich dem Schutze des Dritten dienen sollten, erklärt sich aus seiner Entstehungsgeschichte. Der erste Entwurf kannte nur eine Entstehung der Vollmacht durch Erklärung gegenüber dem Vertreter (§ 119). Daher nahm man an, dass er in erster Linie vom Bestehen und Erlöschen der Vollmacht betroffen würde und dass die Schutzvorschriften zumeist für ihn zu gelten hätten. Das Interesse des Dritten hielt man nur für ein akzessorisches; ein selbständiges sprach man ihm nur für den Fall zu, dass ihm eine besondere Mitteilung vom Vertretenen übermittelt war. Hierin wurde in der 2. Lesung des Entwurfes nichts geändert, obgleich die Vollmachterteilung durch Erklärung an den Dritten derjenigen durch Erklärung an den Vertreter gleichgestellt wurde. Denn auch die zweite Kommission vertrat den Standpunkt, dass das Interesse des Vertreters an dem Bestehen der Vollmacht ein prinzipales, das des Dritten ein akzessorisches sei, wenn die Vollmacht durch Erklärung gegenüber dem Vertreter erteilt und eine „besondere Mitteilung oder öffentliche Bekanntmachung“ an den Dritten nicht erfolgt war. Dieser Standpunkt ist unrichtig, da, wie oben erwähnt, die Vorschriften zum Schutze des Vertreters akzessorisch sind, d. h. nur einzutreten haben mangels Bestimmungen, die im Interesse des Dritten erfolgen.

Für die Konstruktion eines Interesses des Vertreters fehlte es an jeder Möglichkeit. Man griff deshalb zu dem Hilfsmittel, aus dem Fortbestehen des Innenverhältnisses zu Gunsten des Vertreters, der das (nicht durch Widerruf)

erfolgte Erlöschen des Rechtsverhältnisses weder kannte noch kennen musste (§§ 674, 675, 729 BGB), Schutzvorschriften für den Dritten abzuleiten.[1])

Hieraus ergaben sich dann eine Reihe von Schwierigkeiten. Zunächst lag nicht jeder Vollmachterteilung ein Rechtsverhältnis zugrunde. Handelte daher der Vertreter nicht auf Grund einer vertraglichen Verpflichtung, sondern ohne eine solche aus Gefälligkeit für den Vertretenen, so hatte dies für ihn den Nachteil, dass er von dem Dritten aus dem Geschäfte in Anspruch genommen werden konnte, und für den Dritten den Nachteil, dass er sich nicht an den Vertretenen, sondern nur an den oft minder leistungsfähigen Vertreter halten konnte. Nur der Vertretene hatte einen durch nichts gerechtfertigten Vorteil. Die Motive (Bd. I, S. 23) sagen hierüber nur folgendes: „Für die seltenen Fälle, in welchen das Erlöschen der Vollmacht nicht nach den Grundsätzen vom Auftrage sich bestimmt, ist eine über die massgebenden bezüglichen Vorschriften hinausgehende Fürsorge im Interesse Dritter ..... nicht geboten."

Eine zweite Schwierigkeit ergibt sich dann, wenn der Vertreter das Erlöschen des Innenverhältnisses und damit auch das der Vollmachterteilung weder kannte noch kennen musste, sodass die Schutzvorschriften für ihn Geltung erhielten, der Dritte dagegen das Erlöschen der Vollmachterteilung kannte oder kennen musste, sodass er eines

---

[1]) Wenn die Vollmacht in den Fällen der §§ 672, 673, 675, 727 BGB. mit dem Grundverhältnisse fortbesteht, so braucht ein Gleiches noch nicht für die Fälle der §§ 674, 675, 729 BGB. zu gelten. Denn in den erstgenannten Fällen ist ein Fortwirken des Innenverhältnisses auch nach dem Tode des Kontrahenten insoweit bestimmt, als die Abwickelung des Geschäftes es erfordert. Das Fortbestehen des Innenverhältnisses ist hier ein höchst reales trotz der Vorschrift: „Insoweit gilt der Auftrag (bezw. die Gesellschaft) als fortbestehend;" mit dem Innenverhältnisse besteht dann auch die Vollmachterteilung fort. In den Fällen der §§ 674, 675, 729 BGB. liegt dagegen eine Fiktion des Fortbestehens zugunsten des gutgläubigen Beauftragten vor.

Schutzes nicht bedürftig war. Der Erste Entwurf glaubte über diesen Punkt hinwegsehen zu können. Die Motive sagen (I S. 236): „Wenn die Mehrzahl der Gesetze bei Kenntnis des Dritten das Geschäft gegenüber dem Vertretenen für unwirksam erklärt, so liegt darin eine Durchbrechung der Annahme des Fortbestandes der Vollmacht, für welche es, abgesehen davon, dass sie eine gefügige Handhabe für Chikanen und Streitigkeiten bildet, an zureichenden Gründen gebricht.“ Die zweite Kommission nahm aber mit Recht an, dass die Vollmacht nicht zu Gunsten eines schlechtgläubigen Dritten fortbestehen dürfe, Prot. II, Bd. 1, S. 147 f.) und fügte deshalb die Bestimmung ein: „Soweit nach den §§ 674, 729 die erloschene Vollmacht eines Beauftragten oder geschäftsführenden Gesellschafters als fortbestehend gilt, wirkt sie nicht zu Gunsten eines Dritten, der bei der Vornahme eines Rechtsgeschäftes das Erlöschen kennt oder kennen muss“ (§ 169 BGB). Nach der Auffassung des Gesetzes soll also hier die Vollmacht zugunsten des gutgläubigen Vertreters fortbestehen. Welche Bedeutung ihre Fortdauer für ihn hat, ist vollkommen unerfindlich; das Fortbestehen ist hier für ihn ganz gleichgültig.[1])

Ein dritter und vierter Mangel der im Gesetze getroffenen Regelung besteht darin, dass der Dritte des Schutzes entbehrt, wenn das Innenverhältnis durch Widerruf des Vertretenen beendigt wird oder wenn der Vertreter das Erlöschen des Innenverhältnisses und der Vollmachterteilung kannte oder kennen musste. Ein Grund, in diesen Fällen den Dritten schlechter zu stellen als in den vom Gesetze besonders in §§ 674, 675, 729 BGB. geregelten Fällen, besteht nicht.

---

[1]) Ebenso Zitelmann, Rechtsgeschäfte Bd. II, S. 93.

Buchdruckerei des Torgauer Kreisblattes G. m. b. H.